Der Gewerbebetrieb als subjektives Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB.

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Engelhard Bode
aus Kassel

Approbiert am 18. Sept. 1930.

Göttingen
Gedruckt bei Hubert & Co. G. m. b. H.
1931

31:58

Referent: Geheimer Juſtizrat Univerſitäts-Profeſſor
Dr. jur. et phil. Bernhard Kübler.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Referent: Geheimer Justizrat Universitäts-Professor
Dr. jur. et phil. Bernhard Kübler.

Literaturverzeichnis.

Allfeld: Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 7, 1901.

Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin 1899.

Bierling: Juristische Prinzipienlehre, Bd. 3, Tübingen 1905.

— Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. II, Gotha 1883.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben, Leipzig 1901.

— Rechtsnorm und Rechtspflicht, Erlanger Prorektoratsrede 1911.

— Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung, Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, 5. Heft, Leipzig 1927.

Binding: Die Normen und ihre Übertretung, Leipzig 1916.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Teil II, Jena 1922.

— Lehrbuch des Handelsrechts, Stuttgart 1910.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, Bd. 1, und Bd. 2, 2. Abt., Halle a. S. 1906.

Eltzbacher: Die Unterlassungsklage. Ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes, Berlin 1906.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Marburg 1928.

Flad: Iherings-Jahrb., Bd. 70, S. 336.

Fuchs: Logische Studien im Gebiete der Jurisprudenz, Heft 1, Hannover 1920.

Fuld: Gruchots Beitr., Bd. 47, S. 373.

Geller: Das Recht der wirtschaftlichen Konkurrenz im österr. Zentralbl. f. d. jur. Praxis, Bd. 7/8.

— Das Unternehmen im österr. Zentralbl. f. d. jur. Praxis, Bd. 26/28.

— Nachfolge und Zwangsvollstreckung in gewerbliche Unternehmungen im österr. Zentralbl. f. d. jur. Praxis, Bd. 24.

— Das Unternehmen und seine Beziehungen zu Firma, Schild und Warenzeichen, München und Leipzig 1913.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895.

— Der Rechtsgrund des Schutzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Zeitschr. Gewerbl. Rechtsschutz und Urheberrecht, 1895.

Hachenburg: Der Geist des bürgerlichen Gesetzbuches, Mannheim 1900.

von Hahn: Kommentar zum allgemeinen Handelsgesetzbuch, Bd. 1, Braunschweig 1879.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an dritte, Leipzig 1899.

Ihering: Geist des römischen Rechts, Teil 3, Abt. 1, Leipzig 1871.

— Zweck im Recht, Leipzig 1899.

Isay: Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910.

E. Jung: Iherings Jahrb., Bd. 69, S. 140.

Lipp: Über Doppelwirkungen im Recht, Berliner Festschrift für v. Martitz 1911.

Kohler: Ehre und Beleidigung in Goltdammers Arch., Bd. 47, S. 98ff.

— Das Recht des Markenschutzes, Würzburg 1885.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1906.
Ladenburg: Rechtsfolgen der Übernahme eines bestehenden Handelsgeschäftes in Buschs Arch., Bd. 34, S. 25ff.
von Landmann: Kommentar zur Gewerbeordnung, 7. Aufl., München 1917.
Lau: Der Unterlassungsanspruch aus den §§ 823ff. BGB. in Gruchots Beitr., Bd. 47, S. 497ff.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig 1912.
— Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, München 1906.
Linkelmann: Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, Berlin 1898.
von Liszt: Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.
— Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin und Leipzig 1905.
Lobe: Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. 5. 1896, Bd. I, Leipzig 1896.
— Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung in Markenschutz und Wettbewerb, Bd. 6, S. 164ff.
Mannhardt: Der Unterlassungsanspruch bei den absoluten Rechten in D.J.Z. 1903, S. 416ff.
Mayer, Otto: Besprechung von Lobe: „Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs" in der Zeitschr. f. d. ges. HR., Bd. 61, S. 274.
— Die concurrence déloyale. Ein Beitrag aus dem französischen Recht zur Lehre vom geistigen Eigentum in der Zeitschr. f. d. ges. HR., Bd. 26, S. 363ff.
A. Merkel: Grünhuts Zeitschr. VI, 1879, S. 375.
Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, Tübingen 1919.
— — In der Zeitschrift f. d. ges. HR., Bd. 71, S. 425.
Oertmann: Die Entschädigung der Privatpostanstalten, D.J.Z. 1899, S. 93ff.
— D.J.Z. 1904, S. 619ff.
Ohmeyer: Das Unternehmen als Rechtsobjekt, Wien 1906.
Oppikofer: Das Unternehmensrecht, Tübingen 1927.
Philippowich: Grundriß der politischen Ökonomie, 13. Aufl., Tübingen 1919.
Pisko: Das kaufmännische Unternehmen in Ehrenbergs Handb., Bd. 2, 1. Abt., Leipzig 1914, S. 195ff.
— Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Wien 1907.
— Besprechung von Isays „Recht am Unternehmen" in Grünhuts Zeitschr., Bd. 38, S. 742ff.
Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 2. Hälfte, Berlin und Leipzig 1928.
Regelsberger: Pandekten, Leipzig 1893.
Rehm: Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession, München 1889.
Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1910.
Rosenthal: Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in Gruchots Beitr., Bd. 62, S. 289ff.
Schmoller: Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre, Leipzig 1908.
Schoetensack: Die Arten der Rechtssätze, Gerichtssaal, Bd. LXXXIII, Heft 1/3, S. 6ff.
Schulz-Schäffer: Das subjektive Privatrecht im Gebiet der unerlaubten Handlung, Marburg 1915.
Staub-Bondi: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin und Leipzig 1921.

von Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 3. Teil, München, Berlin und Leipzig 1929.
Stephan: Die Unterlassungsklage, München 1908.
Thon: Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1878.
von Thur: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Leipzig 1910.
Ulrich: Der Unterlassungsanspruch aus obligatorischen Rechtsverhältnissen nach geltendem Recht, Ihrings Jahrb., Bd. 64, S. 161ff.
Wieland: Handelsrecht, Bd. 1, München und Leipzig 1921.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechtes, herausgegeben von Kipp, Frankfurt a. M. 1906.
Wolff: Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts in der Festgabe für Gierke, Bd. 2, Breslau 1910, S. 115ff.
Zitelmann: Internationales Privatrecht, Bd. 1, Leipzig 1897.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 7
§ 2. Das subjektive Recht 9
§ 3. Der Gewerbebetrieb in der Rechtsgeschichte 18
§ 4. Gewerbebetrieb und Unternehmen 21
§ 5. Die Stellungnahme von Wissenschaft und Praxis zu der Frage, ist der Gewerbebetrieb ein subjektives Recht? 28
a) Die ältere Theorie, ... 28
1) vor Gierke 28
2) Gierke 31
b) Das Reichsgericht 34
c) Die neuere Theorie 43
§ 6. Schlußzusammenfassung 48

§ 1. Einleitung.

Vor dem 19. Jahrhundert kannte die deutsche Rechtslehre, die in der Hauptsache auf römischer Grundlage aufgebaut war, nur vier Gruppen von subjektiven Privatrechten: Forderungsrechte, dingliche, Familien- und Erbrechte. Erst die Verkehrsentwicklung, die die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts charakterisiert, schuf eine neue Art von Rechten, die ähnlich wie die dinglichen Rechte über die körperlichen Gegenstände eine Herrschaftsmacht über gewisse unkörperliche Güter gaben. Zu diesen neuen Gütern rechnete man vor allem die Erzeugnisse der geistigen, künstlerischen oder verwandten menschlichen Tätigkeit. Man erkannte, daß hier eine neue Art von subjektiven Privatrechten vorlag, die dem älteren Rechte unbekannt waren und sich auch nicht in dessen Rahmen unterbringen ließen.

In der neueren Zeit entstand dann, bedingt durch die Auswirkungen der Gewerbefreiheit, die Frage, ob außer den Erzeugnissen der künstlerischen und geistigen Tätigkeit auch ein subjektives Privatrecht an gewerblichen Unternehmen anzuerkennen sei[1]). Zur Lösung dieser Frage drängte die immer stärker werdende Konkurrenz, die in vielen Fällen auch vor unerlaubten Mitteln nicht zurückschreckte, um den eigenen Betrieb zu fördern. Die Gewerbebetriebe sind aber die eigentlichen Träger unserer Wirtschaft. Der Wohlstand und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Volkes ist in dem Reichtum der Gewerbebetriebe verkörpert und wird nach ihnen beurteilt[2]). Besonders trifft das in dem augenblicklichen Zeitalter der Technik zu. Aus diesem Grunde bedürfen diese für die Volkswirtschaft so wichtigen Erscheinungen eines wirksamen rechtlichen Schutzes. Über die wissenschaftliche Begründung und Konstruktion dieses Schutzes der Gewerbebetriebe haben seit 30 Jahren vielfache Erörterungen in Wissenschaft und Praxis stattgefunden. Wohl bestehen gesetzliche Normen, die diesem Schutze dienen, so das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. 6. 1909/27. 5. 1896, das Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom

[1]) Dieses Grundrecht, das nunmehr verfassungsmäßig in Art. 151 RV. bestätigt worden ist, wurde für den Norddeutschen Bund bereits 1869 durch die Gewerbeordnung gewährleistet.

[2]) Schmoller, 2, 138a, S. 454.

12. 5. 1894/31. 3. 1913, § 824 und § 826 BGB. Trotz dieser mannigfaltigen Schutzvorschriften kommen aber in der Praxis immer wieder Fälle vor, in denen dieser Schutz nicht ausreicht. Oft wiederkehrend ist der Fall, daß die Störung des Gewerbebetriebes auf einer vorsätzlichen Schadenszufügung, wie sie der Wortlaut des § 826 BGB. erfordert, nicht beruht oder sich nicht beweisen läßt, und daß auch sonst eine Verletzung der oben genannten gesetzlichen Normen nicht vorhanden ist. Das trifft zu, z. B. bei einem geschäftlichen Boykott oder bei dem Verbot der Fabrikation eines Artikels auf Grund eines zu Unrecht eingetragenen Gebrauchsmusters und in vielen anderen Fällen. Zur Erläuterung sei ein praktisches Beispiel angeführt[1]). Ein Juteplüschfabrikant A. war Inhaber eines gewissen Gebrauchsmusters und behauptete, ein Fabrikant derselben Branche B. verletze in seinem Gewerbebetrieb dieses Gebrauchsmuster. Er, A., ging sogar so weit, an zwei Werkmeister des anderen Fabrikanten B. zu schreiben und sie vor der Fortsetzung der Fabrikation zu warnen. Daraufhin wurde die Herstellung der betreffenden Ware auch tatsächlich durch B. eingestellt. Später stellte sich jedoch heraus, daß das Gebrauchsmuster des A. zu Unrecht eingetragen, sein Anspruch auf Einstellung der Fabrikation also völlig ungerechtfertigt war. Trotzdem wurde dem durch die Untersagung der Fabrikation geschädigten Fabrikanten B. der Schutz des § 826 BGB. versagt, da dem A. vorsätzliches Handeln nicht zu beweisen war und wohl auch in Wirklichkeit bei ihm nicht vorgelegen hatte. Ebensowenig boten dem B. die Vorschriften des unlauteren Wettbewerbgesetzes eine gesetzliche Handhabe zur Stützung einer Schadenersatzklage gegen seinen Konkurrenten, da keiner der in diesem Gesetz geforderten Tatbestände erfüllt war. In solchen Fällen haben sich Wissenschaft und Praxis nun dadurch zu helfen gesucht, daß sie den Gewerbebetrieb einfach als ein subjektives Recht erklären, dessen Verletzung schon nach der allgemeinen Regel des § 823 Abs. 1 BGB. schadenersatzpflichtig macht. Der Gewerbebetrieb wird damit also dem Eigentum, dem Patentrecht und dem Namensrecht rechtlich gleichgestellt. Ob ein solches subjektives Recht wirklich besteht, ist allerdings eine sehr umstrittene Frage, die bei der momentanen Auffassung von dem Begriff „Recht" auch schwerlich eine alle Teile befriedigende Lösung finden wird. Die vorliegende Arbeit will einen Beitrag zu dieser Lehre vom subjektiven Recht an einem Gewerbebetrieb geben. Zu diesem Zwecke aber wird es von nöten sein, zunächst den umstrittenen Begriff des subjektiven Privatrechts festzustellen und abzugrenzen.

---

[1]) Vgl. hierzu RG. Bd. 58, S. 24 ff.

§ 2. Das subjektive Recht.

Der Begriff des subjektiven Rechts ist nach der modernen Rechtsauffassung der zentrale Begriff des Privatrechts und die letzte Abstraktion aus der Vielgestaltigkeit des Rechtslebens. Er ist das Recht des Subjekts. Rechtserscheinungen wie Eigentum, Forderungen und sonstige Befugnisse haben längst im Geiste der Menschen existiert, ehe die Rechtswissenschaft daran ging einen einheitlichen Begriff hierfür zu bilden.

In Rom hat man sich für dieses Problem nicht interessiert, da dem Römer als praktischem Juristen theoretische Untersuchungen in dieser Richtung fernlagen[1]). Erst das Bürgerliche Gesetzbuch, das im § 823 Abs. 1 einen Schadensersatzanspruch an die Verletzung eines vorhandenen (subjektiven) Rechtes knüpfte, zwang notwendigerweise zur Feststellung des Begriffs „subjektives Recht". Zunächst ist festzustellen, daß nicht jeder rechtliche Vorteil, den das Einzelindividuum aus der Rechtsordnung haben kann, Recht ist. Die Grenzlinie zwischen den subjektiven Rechten und anderen vorteilhaften Rechtslagen ist deswegen oft schwer zu ziehen.

Bei der Erörterung des Begriffes soll vom objektiven Recht ausgegangen werden. Das Recht im objektiven Sinne, die Rechtsordnung, ist vom Staate geschaffen worden, das Zusammenleben der Menschen zu fördern und ihre Interessen zu schützen. Nicht die tatsächliche Gewalt des einzelnen Menschen, sondern allein die Norm des Staates soll über die Verteilung der Güter der Erde entscheiden. Nach Ihering[2]) entspricht dem „Rechtsdruck" den der Staat auf das Einzelindividuum ausübt die Wohltat der Rechtssicherheit. Zu diesem Zwecke enthalten alle gesetzlichen Bestimmungen, soweit sie nicht erklärenden oder verweisenden Inhalts sind, ein Gebot oder ein Verbot. Damit ist der Begriff des subjektiven Rechts auf das Vorhandensein von Rechtsnormen abgestellt. Subjektive Rechte in unserem heutigen Sinne kann es ohne eine Rechtsordnung nicht gegeben haben, und eine Rechtsordnung ohne subjektive Rechte ist nur schwer denkbar. Zahlreiche Vorschriften ordnen daher das Zusammenleben der Menschen in der Weise, daß sie dem Einzelnen ein Herrschaftsgebiet zuweisen, auf dem sein Wille zu gelten hat, entsprechend dem individualistischen Gedanken, der der heutigen Wirtschaftsordnung zu Grunde liegt. Die Rechtsordnung sorgt dafür, daß in diesem Herrschaftsgebiet Rechtsänderungen

[1]) Windscheid, Pandekten § 37; Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, § 44.

[2]) Zweck im Recht I, S. 512ff.

nur mit Willen des Subjekts, also durch Rechtsgeschäft, erfolgen können. Eigenmächtiges Eingreifen dritter Personen ist nur in ganz vereinzelten Fällen, wie z. B. beim Notstand zugelassen oder dann, wenn der Verletzte damit einverstanden ist. Der Rechtssatz „volenti non fit iniuria" ist damit ein charakteristischer Grundsatz des subjektiven Rechts in negativer Beziehung. Denn weil der Mensch sich Einwirkungen Dritter nicht gefallen lassen muß, hat er umgekehrt auch das Recht, solche Einwirkungen zu gestatten. Selbstverständlich kann eine Handlung, die wegen Einwilligung des Verletzten keinen Eingriff in das subjektive Recht darstellt, deswegen doch einen Verstoß gegen das objektive Recht enthalten und daher strafbar sein.

Aus Rechtssätzen dagegen, die Verpflichtungen nur im allgemeinen Interesse schaffen, z. B. die Anzeigepflicht bei ansteckenden Krankheiten, kann nie ein subjektives Recht einer Privatperson hierauf abgeleitet werden, sondern höchstens ein Recht des Staates auf Gehorsam. Für den einzelnen Menschen ist dieser Schutz lediglich eine Reflexwirkung des Rechtssatzes.

Die Rechtsordnung grenzt durch Gewährung subjektiver Rechte die Herrschaftsgebiete der einzelnen Menschen ab, und nur auf diese Weise werden die als vernünftig anerkannten Interessen des Einzelindividuums geschützt. Das subjektive Recht wird verliehen, weil es der Staat für angemessen hält, die Sorge für die Lebensgüter und deren Verwendung und Schutz dem Menschen selbst zu überlassen. Es ist aber nicht zu dem Zwecke geschaffen worden, selbst wenn man es als „Willensherrschaft" auffaßt, daß das Einzelindividuum nach seinem Belieben seinen Willen ausüben kann. Namentlich dort, wo es sich um Beschränkungen der allgemeinen menschlichen Freiheit durch obligatorische Verpflichtungen handelt, haben die subjektiven Rechte ihren Zweck im Interesse und finden hierin auch ihre Schranken[1]). Dies ist vor allem die Ansicht Iherings. Er dürfte jedoch dabei zu weit gegangen sein. Er erhebt den Zweck des subjektiven Rechts zu dessen Begriffsmerkmal und bezeichnet dabei das Recht als rechtlich geschütztes Interesse. Dabei übersieht er, daß es Rechte gibt, bei denen bestimmungs- und begriffsgemäß ein Interesse des Berechtigten fehlt. Dies ist besonders im Familienrecht der Fall und zwar beim Recht der Eltern, für die Person und das Vermögen ihrer Kinder zu sorgen. Hier ist jedes eigene Interesse ausgeschlossen. Trotzdem ist die Befugnis, seinen eigenen Willen in Angelegenheiten des Kindes zur Geltung zu bringen, zweifellos ein Recht, wenn es auch vom Gesetz zur

[1]) Ihering, Geist des römischen Rechts III, § 60, 61.

Pflicht gemacht worden ist. Eine Willensherrschaft ist deshalb nicht weniger vorhanden und deshalb ist, obwohl das eigene Interesse der Eltern fehlt, ein subjektives Recht als vorhanden anzuerkennen.

Wie es Rechte gibt, an denen kein Interesse des Berechtigten besteht, so gibt es umgekehrt auch Interessen, die trotz des ihnen gewährten Rechtsschutzes nicht Gegenstand eines Rechtes sind, denn der Schutz desselben beruht nicht auf der Willensmacht des Interessenten. Besonders deutlich zeigt sich letzteres bei den in § 135 BGB. aufgestellten Veräußerungsverboten. Ein vorhandenes Veräußerungsverbot gibt demjenigen, zu dessen Gunsten es besteht, weder ein Recht an der Sache, noch ein Recht, vom Eigentümer die Unterlassung der Veräußerung zu verlangen. Er ist lediglich (und doch genügend stark) geschützt durch die relative Unwirksamkeit der Veräußerung.

Innerhalb des Herrschaftsgebietes der subjektiven Rechte unterscheidet man als stärkstes subjektives Recht das Eigentum, daneben den Mißbrauch, Forderungsrechte, Autorenrechte usw. Innerhalb und auf Grund dieser Rechte entstehen und bestehen einzelne Befugnisse. So kann der Eigentümer über seine Sache verfügen, soweit nicht gesetzliche Schranken gezogen sind und kann er jedem Dritten die Benutzung seiner Sache erlauben oder verbieten. Er kann in den meisten Fällen auch sein Recht auf einen anderen übertragen.

Die Typen der subjektiven Rechte, sowie ihre Abgrenzung gegeneinander, ergeben sich zum Teil unter Berücksichtigung ihrer aprioriſchen Natur aus der historischen Entwicklung der Rechtsanschauungen, zum Teil wird in gewissen Grenzen die Art der Beherrschung durch die Beschaffenheit des Objektes selbst bestimmt, denn Sachen unterstehen einer anderen Herrschaftsmacht als Menschen. Insbesondere beruht die Zusammenfassung einzelner Befugnisse in den einheitlichen Gebilden, die als subjektive Rechte bezeichnet werden, in der Regel auf der Vorgeschichte unserer Rechtssätze und Rechtsdogmen. Diese Gebilde, die man allmählig als lebensfähig erkannt hat, sind später als Rechte in das Gesetz übergegangen. Sie sind unentbehrlich, ohne sie ist ein Zurechtfinden in der Fülle der einzelnen von der Rechtsordnung gewährten Befugnisse unmöglich.

Die meisten und wichtigsten subjektiven Rechte, so das Eigentum, das Pfandrecht usw. gewähren eine Herrschaft über ein außerhalb des Subjekts stehendes Stück der Außenwelt, ein Objekt. Solche Rechte kann man als Herrschafts- oder Beherrschungsrechte bezeichnen.

Betrachtet man das subjektive Recht vom Standpunkt des Objekts, so kann man die der Willensherrschaft des Subjekts entsprechende Unterwerfung des Objekts als objektiven Bestand des Rechtes be-

zeichnen[1]). Die Unterwerfung einer Sache zeigt sich darin, daß die Einwirkung auf die Sache dem Berechtigten erlaubt, anderen Personen verboten ist. Die Unterwerfung einer Person unter die rechtliche Herrschaft einer anderen hat bisweilen denselben Charakter, in der Regel aber wird der unterworfenen Person eine Pflicht auferlegt.

Jedes Recht enthält Gebote und Verbote und läßt sich nur durch Imperative in seiner Anwendung verwirklichen. Die einzig wahren und selbständigen Rechtsnormen sind die gebietenden und verbietenden. Es bestehen allerdings auch erlaubende, gewährende Rechtssätze. Die Selbständigkeit solcher Regeln ist aber abzulehnen, denn alle gewährenden Rechtssätze lassen sich ausnahmslos wieder auf das Gebot oder Verbot, die Grundlage aller Rechtsnormen, zurückführen[2]). Wenn z. B. § 903 BGB. besagt, daß der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach seinem Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann, so soll das nichts weiter bedeuten, als daß es allen verboten ist, den Eigentümer in der Benutzung seiner Sache zu stören oder die Sache selbst zu benutzen. Desgleichen ist aus § 241 BGB., wonach der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, in erster Linie ein Befehl an den Schuldner enthalten, an den Gläubiger eine Leistung zu bewirken. Gleichzeitig liegt allerdings in § 241 BGB. ein Befehl des Staates an den Staat selbst, der die Rechtsstellung zu einem subjektiven Recht macht. Vor allem Gierke[3]) wendet sich gegen den imperativen Charakter des Rechts: „Nie könne ein Rechtssatz, durch den der Staat sich selbst verpflichtet hat, als Befehl aufgefaßt werden." Diese Auffassung ist aber unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaates abzulehnen. Es ist nicht einzusehen, weshalb nicht von einem Imperativ des Staates an den Staat gesprochen werden kann, wenn auch der Begriff Imperativ in anderer Weise aufzufassen ist, als in dem Fall, in dem sich die Norm an eine Person wendet, die von dem Normsetzenden verschieden ist.

Bei der Begriffsbestimmung des subjektiven Privatrechtes ist, wie

---

[1]) Jherings Jahrb., Bd. 10, S. 390.

[2]) So auch Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 8; Bierling, Kritik II, S. 7ff.; Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, S. 18/19 und derselbe, Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung, S. 56; Schulz-Schaeffer, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlungen, S. 50ff.; Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, Berliner Festschrift für Martitz 1911, S. 212. Dagegen Binding, Normen, S. 101ff.; A. Merkel, Grünhuts Zeitschr. VI, 1879, S. 375; Fuchs, Logische Studien im Gebiete der Jurisprudenz; Schoetensack, Die Arten der Rechtssätze, Gerichtssaal, Bd. LXXXIII, Heft 1/3, S. 6ff.

[3]) Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 117, Anm. 16 u. 19.

schon eingangs erwähnt, vom objektiven Recht auszugehen[1]). Fast alle Versuche, das subjektive Recht in seinem Wesen zu erklären, stehen auf diesem Standpunkt. Je nach der Auffassung über das Wesen des objektiven Rechts kann das subjektive Recht in verschiedener Weise beurteilt werden.

Eine von dieser Ansicht, also von dem Standpunkt, daß objektives und subjektives Recht eng zusammengehören, verschiedene Auffassung vertritt Dernburg[2]). Nach ihm gab es subjektive Rechte lange bevor der Staat eine Rechtsordnung schuf. Das objektive Recht tritt den subjektiven Rechten, also lediglich anerkennend hinzu, ohne sie zu gestalten. Dernburg sieht in ihnen den Anteil an den Lebensgütern, den der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet. Richtig an dieser Ansicht ist, daß der Gesetzgeber diese Rechte nicht erst geschaffen hat, denn sie müssen vorhanden sein, damit die kleinste soziale Gemeinschaft, die Familie, entstehen kann. Dernburg hat aber dabei übersehen, daß der Gesetzgeber daraus erst Rechte geschaffen hat. Andererseits erweist sich die Ansicht Dernburgs als unrichtig, wenn man von der Tatsache ausgeht, daß ein Gewohnheitsrecht wohl zu allen Zeiten schon bestanden hat. Dieses Gewohnheitsrecht ist aber den subjektiven Rechten nicht sekundär anzugliedern, sondern zum mindesten parallel mit ihnen schon in der rohen Auffassung der Naturmenschen anzutreffen. Das subjektive Recht ist hiernach mit dem objektiven zugleich gegeben.

Eltzbacher[3]) erklärt das Recht als die Tatsache, daß eine Rechtsvorschrift um jemandes willen andere einschränkt. Er führt weiter aus, daß von den Vertretern des engeren Begriffs kein weiteres Begriffsmoment angegeben wäre und auch nicht ersichtlich wäre, was ein subjektives Privatrecht sei.

Das Reichsgericht führt in seiner Entscheidung Bd. 48, S. 114 aus, daß die Rechtsordnung überall da, wo sie eine Verpflichtung auferlege, auch ein Recht gewähre. Damit ist die Unterlassungsklage als eines der Merkmale des subjektiven Rechts aufgestellt. Das objektive und das subjektive Recht sind zwei Seiten einer Gesamterscheinung[4]), denn das objektive Recht erschöpft sich in der Schaffung von subjektiven Rechten.

Anderer Ansicht ist v. Liszt. Er unterscheidet prinzipiell zwischen Recht und Rechtsgut. In seinem Lehrbuch des deutschen Strafrechts

[1]) Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. 1, S. 58/59.
[2]) Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 1, S. 112.
[3]) Die Unterlassungsklage, S. 104.
[4]) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 251.

führt er auf S. 65 Anm. 1 aus: „Der Begriff des Rechtsgutes ist meiner Ansicht nach weiter als der des subjektiven Rechts." Er glaubt, das Bürgerliche Gesetzbuch habe, wie sich aus der Fassung des § 823 Abs. 1 ergebe, den Unterschied zwischen Recht und rechtlich geschütztem Interesse beseitigt, und demnach sei es nicht mehr nötig, den Unterschied aufrechtzuerhalten. Zur Widerlegung dieser Ansicht soll auf die Auslegung dieses vielumstrittenen Paragraphen eingegangen werden. Nach einer Ansicht[1]) bezieht sich der Ausdruck „sonstiges Rechts eines anderen" nicht nur auf das unmittelbar vorausgehende Wort Eigentum, sondern auf alle vorher aufgezählten Worte, also auch auf die Worte „Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit". Es handelt sich um eine beispielsmäßige Aufzählung von Rechten, und die Generalklausel „oder ein sonstiges Recht eines anderen" ermöglicht es, auch weitere Bestandteile der Persönlichkeitssphäre außerhalb des Kreises der aufgezählten als Rechte aufzufassen.

Nach v. Liszt ist es, wie oben ausgeführt, unmöglich, in § 823 Abs. 1 einen Unterschied zwischen Rechtsgut und subjektivem Privatrecht zu machen. Er erkennt zwar an, daß sich die Worte „oder ein sonstiges Recht eines anderen" auf die vier genannten Rechtsgüter beziehen. Er folgert daraus aber nicht, daß sie allein Rechte im eigentlichen Sinne seien. Nach seiner Auffassung hat vielmehr das Bürgerliche Gesetzbuch durch diese Vorschrift den subjektiven Rechten die Persönlichkeitsrechte gleichgestellt. Die Auslegung dieses Paragraphen ist deswegen nach v. Liszt sehr weit zu fassen, „um im Einklang mit dem öffentlichen Recht den privatrechtlichen Begriff des subjektiven Rechts zu dem des geschützten Interesses, also des Rechtsgutes, zu erweitern[2])".

Nach der allgemein herrschenden Ansicht[3]), der sich auch Verfasser anschließen möchte, bezieht sich die Klausel „oder ein sonstiges Recht eines andern" nur auf das vorausgehende Wort Eigentum. Die vier vorher bezeichneten Lebensgüter, deren Kreis nicht erweitert werden darf, sind nur bezüglich des Schadensersatzanspruches den Rechten gleichgestellt, nicht aber als subjektive Rechte anerkannt. Das geht schon daraus hervor, daß es sprachlich unmöglich ist, das Wort Recht auf Körper, Gesundheit, Leben und Freiheit zu beziehen. Es handelt sich hierbei um tatsächliche Zustände, die nur Gegenstand von Rechten, nicht selbst Rechte sein können. Gegen die Ansicht Dernburgs läßt sich vor allem vorbringen,

[1]) Dernburg, Bd. 2, 2, S. 699ff.; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 3, S. 211ff.

[2]) v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB., S. 31.

[3]) Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Teil II, S. 670; Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 1378/79.

daß in der Aufzählung, wie es im § 823 Abs. 1 geschieht, nicht mit dem Eigentum, als dem unbestrittensten Privatrecht, begonnen ist. Es sind vielmehr zuerst die sogenannten Persönlichkeitsrechte genannt, die nie unbestritten als vollkommene Rechte anerkannt wurden. Dadurch wird aber in keiner Weise der Begriff des subjektiven Rechts berührt, mag man über das Bestehen von Rechten an eigener Person denken wie man will. Diese Endlösung soll lediglich der Wissenschaft überlassen bleiben. Das ergibt sich auch aus der Tatsache, daß in den Protokollen, Bd. 2, S. 566, 572 ff. eine bestimmte Stellungnahme zu der Frage, ob Leben und Körper wirklich Rechte seien, vermieden ist. Es muß deshalb der Schluß gezogen werden, daß eine Gleichstellung der sogenannten Persönlichkeitsrechte mit den subjektiven Privatrechten im § 823 Abs. 1 BGB. keineswegs erfolgt ist.

Eine gewisse Klärung über den streitigen Begriff des subjektiven Privatrechts muß aber doch das positive Recht geben; dabei dürfte eine Gegenüberstellung des § 823 Abs. 1 und des Abs. 2 desselben Paragraphen einen gewissen Anhaltspunkt geben. In Absatz 1 werden bestimmte Lebensgüter, wie schon oben ausgeführt, geschützt, nach Absatz 2 ist derjenige zum Schadensersatz verpflichtet, der gegen das den Schutz eines anderen bezweckende Gesetz verstößt. Die Bestimmung in Absatz 2 wäre aber unverständlich, wenn jedes rechtlich geschützte Interesse ein subjektives Recht wäre. Es würde durch jedes Schutzgesetz ein subjektives Recht geschaffen, dessen schuldhafte Verletzung schon nach Absatz 1 zum Schadensersatz verpflichtete; denn Interessen sind auch in den Fällen des Absatz 1 gegeben. Da aber dann in allen diesen Fällen schon nach Absatz 1 eine Schadensersatzpflicht bestände, wäre Absatz 2 vollkommen überflüssig [1]).

Nach Oertmann [2]) ist aus § 823 Abs. 2 BGB. allerhöchstens zu entnehmen, daß bei einer in der Rechtsverletzung zugleich zu findenden Schutzgesetzverletzung das Verschulden sich nur auf letztere selbst, nicht auf die zugleich eintretende Verletzung des konkreten Rechts zu beziehen brauche. Da aber jeder, der vorsätzlich das Eigentum verletzt, dadurch vorsätzlich eine im Eigentum enthaltene Rechtsnorm verletzt, kann auch der Ansicht Oertmanns nicht beigetreten werden. Der zivilrechtliche Schutz der absoluten Rechte ist gesichert durch die Deliktsklage im Falle des schuldhaften Zuwiderhandelns gegen die ihnen entsprechenden Störungsverbote.

---

[1]) Allfeld, Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. 7, S. 62/63; v. Liszt, Deliktsobligationen, S. 31; Oertmann, DJZ. 1904, S. 619 ff.; Stephan, Die Unterlassungsklage, S. 146.

[2]) Oertmann, DJZ. 1904, S. 619 ff.

Die Frage, ob überall da, wo eine gesetzliche Bestimmung, sei sie öffentlich rechtlicher, sei sie privatrechtlicher Art, den Schutz eines Rechtssubjekts bezweckt, ein subjektives Privatrecht entsteht, ist hiernach zu verneinen.

Die Existenz eines subjektiven Rechts kann nur da festgestellt werden, wo es in das Belieben des Berechtigten gestellt ist, die Erfüllung des Rechtsbefehls selbständig und von sich aus, nämlich im Wege der Klage, zu erzwingen. In diesem Falle ist die Stellung des von der Rechtsnorm Begünstigten auch eine viel stärkere. „Ihm selber ist der Schutz seiner Interessen anvertraut, er ist nicht von der Gnade eines anderen abhängig, sondern kann selber die Initiative ergreifen[1])." Auf Grund der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches kann man also nur dann von einem subjektiven Recht sprechen, wenn der durch das Gesetz Begünstigte in der Lage ist, den primären Rechtsbefehl durchzusetzen. In diesem Zusammenhange kann man das subjektive Privatrecht als einen günstigen Zustand einer Person bezeichnen, zu deren Schutze die Rechtsordnung bestimmten oder unbestimmten Personen ein konkretes Verhalten auferlegt mit dem Abmaße, daß es Sache des Rechtsinhabers ist, ob er diesen Befehl geltend machen will oder nicht. Diese Erklärung kommt der von Windscheid[2]) gegebenen sehr nahe. Nach ihm ist: „Recht eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht". Damit ist gleichzeitig auch eine strenge Grenze gezogen zwischen dem subjektiv öffentlichem Recht, z. B. dem Strafrecht und dem subjektiven Privatrecht. Ersteres ist charakterisiert, wenigstens in der Hauptsache durch den Verfolgungszwang, letzteres durch die Verfolgungsmöglichkeit.

Die subjektiven Rechte zerfallen in absolute und relative. Zu den ersteren gehören diejenigen, die von allen respektiert werden müssen, wie z. B. das Eigentum. Die relativen Rechte dagegen, z. B. die Forderungsrechte, schlingen nur ein Band zwischen Schuldner und Gläubiger und lassen alle außerhalb dieses Schuldverhältnisses stehenden Menschen unberührt.

Das Mittel zum Schutz des subjektiven absoluten Rechtes ist die Unterlassungsklage gegenüber Beeinträchtigungen dieses Rechtes. Damit soll jedoch noch nicht gesagt werden, daß überall da, wo eine Unterlassungsklage gegeben ist, ein subjektives Recht vorliegt. Als Fundamentalsatz dagegen muß die Regel: „ohne Unterlassungsklage kein absolutes Recht", anerkannt werden. Beispiele hierfür sind über das ganze Bürgerliche Gesetzbuch hin verstreut. Besonders auffällig sind sie in

[1]) Jhering, Geist des römischen Rechts, S. 328.
[2]) Pandekten, S. 156.

folgenden Fällen gegeben: Die Klage auf Unterlassung zum Schutz des Namensrechtes § 12 BGB., die Klage auf Unterlassung von Störungen oder Beeinträchtigungen des Besitzes oder des Eigentums und der dem Eigentum gleichgestellten Rechte an fremden Sachen §§ 862, 1004, 1017, 1027, 1029, 1065, 1090, 1227 BGB. In allen diesen Fällen, bei denen die absolute Rechtsnatur nicht bezweifelt werden kann, ist die Verleihung der Unterlassungsklage vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgesprochen worden.

Es entsteht nun die Frage, ob es immer einer solchen ausdrücklichen Verleihung bedarf oder ob die Unterlassungsklage auch ohne eine solche gegeben sein kann. Das Reichsgericht hat sich auf den letzteren Standpunkt gestellt und überall da, wo eine unerlaubte Handlung begangen wurde, neben dem Schadensersatzanspruch die Schutzklage auf Unterlassung gewährt[1]).

Das Reichsgericht geht noch weiter. Es hat sogar in den Fällen, in denen nur ein objektiv widerrechtlicher, schuldloser Eingriff in ein rechtlich geschütztes Gut vorliegt, die Unterlassungsklage gewährt[2]). Voraussetzung dabei ist allerdings, daß das unerlaubte Handeln bereits verwirklicht worden ist und weitere Eingriffe zu besorgen sind. Mit dieser Auffassung ist das Reichsgericht zum ersten Mal über die allgemein anerkannte Lehre hinausgegangen, daß nur absolut subjektive Rechte den Schutz der Unterlassungsklage genießen; es hat damit diese Klage für alle Fälle gegeben, in denen ein nach § 823, Abs. 2 BGB. geschütztes Interesse verletzt wurde. Das Reichsgericht hat in Wissenschaft und Praxis mit dieser Ansicht großen Anklang gefunden[3]). Man muß diese Lehre deshalb als herrschend bezeichnen. Verfasser möchte sich allerdings auf einen anderen Standpunkt stellen. Er erkennt die Berechtigung zur Erhebung von Unterlassungsklagen nur in den Fällen an, in denen es der Gesetzgeber wörtlich zum Ausdruck gebracht hat. Es ist nicht einzusehen, daß man zur Unterlassungsklage auch dann greifen kann, wenn vom Gesetzgeber lediglich ein Schadensersatzanspruch gegeben ist. Für diese Ansicht spricht einmal die Systematik des Bürger-

[1]) RG. Bd. 48, S. 114ff; Bd. 56, S. 286; Bd. 60, S. 6; Bd. 61, S. 369; Bd. 78, S. 210; Bd. 82, S. 62; Bd. 88, S. 129; Bd. 91, S. 266; Bd. 95, S. 339; Bd. 98, S. 136; Bd. 101, S. 335; Bd. 109, S. 276; Bd. 115, S. 183; Bd. 116, S. 151; JW. 1903, S. 11ff.; JW. 1902, S. 264ff.; Recht 1903, S. 79, Nr. 327.

[2]) RG. Bd. 60, S. 7ff.

[3]) So haben sich u. a. angeschlossen Enneccerus § 465, I; Planck, Bem. IV, 2 zu § 823; Mannhardt, DJZ. 1903, S. 416ff.; Flad, Iherings Jahrb. Bd. 70, S. 336; Kohler, Goltdammers Arch. Bd. 47, S. 154; E. Jung, Iherings Jahrb., Bd. 47, S. 373; Ulrich, Iherings Jahrb., Bd. 64, S. 161ff. In der Hauptsache auch Eltzbacher, Die Unterlassungsklage, S. 80ff.

lichen Gesetzbuches. Hätte der Gesetzgeber gewollt, daß bei jeder unerlaubten Handlung neben dem Schadensersatzanspruch auch ein abwehrender selbständiger Unterlassungsanspruch gegeben sein sollte, so hätte er dies sicherlich im Rahmen der Vorschriften über unerlaubte Handlungen zum Ausdruck gebracht. Weiter läßt die Judikatur des Reichsgerichts die Scheidung zwischen den Begriffen subjektives Recht und rechtlich geschütztes Interesse vermissen. Daß solches aber nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann, zeigt in genügender Weise die Tatsache, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auf einem gewissen Enumerationsprinzip aufbauend, nur in den Fällen die Unterlassungsklage zuließ, in denen es sie ausdrücklich gegeben hat, oder dort, wo die Existenz eines absoluten Rechtes außer Zweifel steht. Man kann dieser Meinung entgegenhalten, sie sei zu eng und dem modernen Wirtschaftsleben nicht mehr angepaßt. Das mag richtig sein. Andererseits muß jedoch festgestellt werden, daß die Verschiebung der Wirtschaftslage seit Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches bis heute nicht so stark gewesen ist, daß dadurch ein Abweichen von den Grundanschauungen des Gesetzes gerechtfertigt sein würde. Wenn der Gesetzgeber eine Schadensersatzklage als genügend angesehen hat, so ist trotz der Möglichkeit der Interpretation nicht einzusehen, daß darüber hinaus noch eine Unterlassungsklage zur Sicherung eines rechtlichen Zustandes gegeben ist, wenn sich dieser Zustand nicht als ein absolutes subjektives Recht darstellt.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß eine Unterlassungsklage nur in den Fällen als zulässig angesehen werden kann, in denen der Gesetzgeber sie ausdrücklich statuiert hat oder ein absolutes Recht verletzt worden ist. Daß in letzterem Fall die Unterlassungsklage anerkannt werden muß, ergibt sich aus der Natur des absoluten Rechts. Jedes absolute Recht ist ein Ausschlußrecht und weil man berechtigt ist, andere von der Einwirkung hierauf auszuschließen, ist es nicht nur zulässig, sondern sogar notwendig, eine Unterlassungsklage zu geben. Der oben aufgestellte Satz, daß ohne Unterlassungsklage kein subjektives Recht festgestellt werden könne, bewährt sich infolgedessen auch in seiner Umkehrung. Auf unser Problem angewandt bedeutet das: Eine Klage auf Unterlassung der Beeinträchtigung oder Störung eines Gewerbebetriebs ist nur dann gegeben, wenn der Gewerbebetrieb ein subjektives absolutes Recht ist. Dies soll im folgenden untersucht werden.

§ 3. Der Gewerbebetrieb in der Rechtsgeschichte.

Dabei erscheint es zunächst angebracht, eine kurze rechtsgeschichtliche Behandlung des Gewerbebetriebes vorzunehmen. In jüngster Zeit hat

sich damit in anregendster Weise Oppikofer in seinem Unternehmensrecht befaßt[1]). Er weist nach, daß das Unternehmensrecht nicht erst ein Produkt der Neuzeit ist, sondern bereits im römischen Recht und im Mittelalter Gegenstand der Rechtspflege gewesen ist[2]). In Anbetracht der Neuheit und Wichtigkeit dieser von großen Zusammenhängen ausgehenden Betrachtungsweise sei über Oppikofers Ergebnisse hier berichtet. Die Hauptform des Unternehmens im römischen Recht ist der damaligen wirtschaftlichen Entwicklung entsprechend der landwirtschaftliche Betrieb. Gerade dieser wird heute allerdings teilweise nicht mehr als Unternehmen angesprochen. Trotzdem möchte Verfasser ihn als solches anerkennen, unter dem Gesichtspunkt nämlich, daß es die Aufgabe des Rechtes ist, diese für die Volkswirtschaft so unendlich wichtigen Gebilde, die landwirtschaftlichen Betriebe, zu schützen. Das römische Recht hat dieses Problem folgendermaßen zu lösen versucht. Der fundus, das römische Agrarunternehmen, bildete eine rechtliche Einheit, auch wenn die einzelnen Grundstücke (partes) räumlich getrennt waren; maßgebend war nur die Zweckbestimmung, d. h. mit anderen Worten, auch getrennt liegende Grundstücke bilden als partes einen einheitlichen fundus, wenn sie dem Wirtschaftsbetriebe des fundus eingeordnet werden[3]). Der Römer faßte damit die partes in gewissem Sinne als Zubehör auf. Trotzdem können aber diese einzelnen partes fundi, im Gegensatz zu unseren wesentlichen Bestandteilen Gegenstand besonderer Rechte sein[4]). Eine Ausnahme davon bilden nur die auf dem Grundstück aufgeführten Gebäude nach dem Grundsatz: Superficies solo cedit oder villa autem sine ulla dubitatione pars fundi habetur[5]). Die Wirkungen dieser rechtlichen Zusammengehörigkeit der einzelnen partes fundi sind verschiedene. Bei obligatorischen Rechtsgeschäften wird die pars fundi von dem rechtlichen Schicksal des fundus mitergriffen, aber nur in dieser Eigenschaft. Verliert sie diese, so wird sie frei, ebenso wie sie umgekehrt, auch wenn sie erst nach Abschluß des Vertrages pars fundi wird, unter den Vertrag fällt. Im Gegensatz dazu erfassen dingliche Rechtsgeschäfte nicht die Rechtsgesamtheit, sondern nur die einzelnen Sachen. Es ist daher keine Übereignung des ganzen fundus uno actu möglich.

Im Zusammenhang mit dem fundus muß auch das instrumentum

---

[1]) Die Begriffe Unternehmen und Gewerbebetrieb sind gleichbedeutend. Genaueres über beide folgt w. u. S. 21ff.

[2]) S. 20ff.

[3]) Dig. 30. 8. pr.; 31. 86. 1; 30. 24. 3; Dig. 50. 16. 60. Diese und die folgenden Quellenangaben sind zitiert nach Oppikofer a. a. O. S. 33ff.

[4]) Dig. 41. 2. 26; 41. 4. 7. 1.

[5]) Pomp. Dig. 33. 7. 15. 2; Ulp. Dig. 7. 4. 8.

fundi betrachtet werden. Es entspricht etwa unserem Zubehör, nur daß die zugehörigen Einzelstücke nicht in einem räumlichen Verhältnis zum fundus zu stehen brauchen[1]). Bei der rechtlichen Behandlung des instrumentum ist wiederum zwischen dinglichen und obligatorischen Rechtsgeschäften, die sich auf den fundus beziehen, zu unterscheiden. Obligatorische erfassen im Zweifel auch das instrumentum fundi[2]), während dingliche auch hier nur die einzelnen Sachen, nicht aber das instrumentum als ganzes ergreifen, eine Tatsache, die in dieser krassen Form dem ganzen System des römischen Rechtes widersprechen würde. Dagegen sind schon Ansätze vorhanden, die zeigen, daß auch die römischen Juristen die Notwendigkeit erkannt haben, die Einheit des Unternehmens zu wahren und seinen Auseinanderfall zu vermeiden. Das ergibt sich schon daraus, daß aus dem Nutzungsrecht gleichzeitig eine Betriebspflicht gefolgert wurde[3]). Auch soll nach Scaevola das Pfandrecht an dem fundus das instrumentum mitergreifen, ja bei städtischen Unternehmen soll sich dieses sogar auf das jeweilige Warenlager erstrecken[4]). Feste Schlüsse kann man aus diesen wenigen Stellen jedoch für das römische Unternehmensrecht nicht ziehen. Soviel kann allerdings festgestellt werden, daß die Römer für die wirtschaftliche Zuordnung zum Unternehmen die rechtliche Form im Zubehör kraft Zweckwidmung gefunden und dadurch die organisatorische Einheit des Unternehmens anerkannt haben.

Das mittelalterliche deutsche Recht erreichte diesen Zweck auf eine ganz andere Weise. Zwar wurde auch hier ein Recht am Unternehmen nicht ausdrücklich anerkannt, aus den einzelnen Urkunden aber, die die rechtliche Behandlung des Unternehmens erkennen lassen, läßt sich trotzdem auf dessen Anerkennung schließen, wenn auch eine gewisse Entwicklungszeit erst durchlaufen werden mußte. So wurde bei den frühmittelalterlichen Schenkungen öfter vom Schenker für sich ein lebenslängliches Nutzungsrecht an einem ganzen Fronhofsverband oder einem Dorfe vorbehalten. Das Nutzungsrecht umfaßte alle in der wirtschaftlichen Organisation enthaltenen Rechte, die villa cum omni integritate[5]). Ebenso war es bei der Pacht einer ganzen Ziegelei oder eines Sägewerkes[6]). Dabei traf den Pächter die Pflicht, das Unternehmen in dem

[1]) Dig. 33. 7. 4; [2]) Ulp. Dig. 19. 2. 19. 2. [3]) Ulp. Dig. 7. 1. 9. pr.

[4]) Dig. 20. 1. 34. pr. Dies entspricht auch der modernen Auffassung, wonach das Grundstückspfandrecht im Zweifel auch das Zubehör ergreift. §§ 1120ff. BGB.

[5]) Oppikofer a. a. O. S. 74ff.

[6]) Original-Urkunde von 1446 Staatsarch. Murden, Lehensverträge der Ziegelhütte Nr. 1 und R. Füllistorf, Formelbuch Nr. 74 zitiert nach Oppikofer a. a. O. S. 74.

Zustand nach Ablauf der Pachtzeit zurückzugeben, in dem er es übernommen hatte; die Rückgabe erstreckte sich nicht nur auf die übernommenen Einzelsachen, es kam vielmehr hauptsächlich darauf an, daß das Unternehmen als ganzes betrachtet, noch denselben wirtschaftlichen Wert hatte. Dieser Standpunkt spiegelt sich vor allem in dem Rechtssatz wider: „Eisern Vieh stirbt nie." Es konnten also einzelne Sachen und Rechte in diesen Grenzen veräußert und durch andere ähnliche ersetzt werden. Rechtsobjekt waren nicht die Einzelrechte, sondern das Unternehmen als solches.

Derselbe Gedankengang zeigte sich auch in der rechtlichen Behandlung der Eigenkirche. Anfänglich hatten die etwaigen gemeinsamen Eigentümer, obwohl das Kirchenrecht jede Wegnahme von Gütern, die einmal der Kirche überlassen waren, als Simonie verbot, dadurch, daß sie die einzelnen Grundstücke unter sich aufteilten und sogar die Kirche selbst getrennt nutzten, praktisch das Eigentum an den einzelnen Teilen und nicht einen ideellen Anteil am Ganzen. Später aber wurde diese Einheitlichkeit wieder durch Vorschriften der Kirche herbeigeführt. Die gemeinsamen Eigentümer nutzten zusammen die Eigenkirche als Ganzes.

Dasselbe zeigte sich auch bei den mittelalterlichen Unternehmen. Es wurden Anteile einer Mühle, eines Spitals, einer Säge, einer Walk usw. verkauft. Das Miteigentum daran erstreckte sich dann auf das gesamte Unternehmen samt seinem Zubehör und war nicht etwa auf bestimmte einzelne Teile beschränkt. Die Verpflichtung der einzelnen Eigentümer dem gemeinsamen Unternehmen gegenüber, so insbesondere zur Mitarbeit in dem Betriebe desselben, wurde dabei genau festgelegt. Entsprechend dem Wesen einer Gemeinschaft nach Bruchteilen konnten sie über ihren Anteil jederzeit frei verfügen, nur daß in der Regel den anderen Miteigentümern ein Vorkaufsrecht eingeräumt wurde. Aus allen diesen Gründen glaubt Oppikofer die Rechtsobjektivität des Unternehmens im mittelalterlichen deutschen Recht annehmen zu dürfen; auch Verfasser möchte sich dieser Auffassung anschließen. Damit aber kommen wir zu der neuzeitlichen Behandlung des Begriffes.

§ 4. Gewerbebetrieb und Unternehmen.

Vor der Behandlung der Frage, ob einem Gewerbebetrieb die Qualität eines subjektiven Rechtes zuzuerkennen ist, erscheint es Verfasser noch erforderlich, auf die rechtliche Natur des Gewerbebetriebes sowie des Unternehmens einzugehen und insbesondere zu prüfen, in welchem Verhältnis beide zueinander stehen. Dabei wird zweckmäßig vom Unternehmen auszugehen sein, da dieser Begriff öfter und ein-

gehender behandelt worden ist. Das Unternehmen ist von Natur aus eine rein tatsächliche Erscheinung des Wirtschaftslebens. Deshalb dürfte die volkswirtschaftliche Auffassung vom Unternehmen von Interesse sein, wenn sie auch für juristische Zwecke vielleicht nicht scharf genug gefaßt erscheint. Philippowich[1]) definiert das Unternehmen als „eine zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zweckes organisierte Vereinigung von Gütern und vermögenswerten Beziehungen, eine Zusammenfassung bestimmter Vermögensmassen und imponderabler Vermögenswerte zwecks Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges". Arbeit und Kapital werden durch die Organisation zu Erwerbszwecken zusammengefaßt. Unter Kapital sind hierbei die Aktiva, besonders aber die etwa vorhandenen Produktionsmittel zu verstehen. Dabei ist die Höhe des Einsatzes nicht von Bedeutung. Ob es sich um eine große Aktiengesellschaft mit Millionenkapital und Tausenden von Arbeitern oder um einen Handwerker mit nur geringem Kapitaleinsatz handelt, ist für das Vorhandensein eines Unternehmens gleichgültig[2]). Auch landwirtschaftliche Betriebe sind Unternehmen, es schadet nichts, daß sie keine eigentliche kaufmännische Organisation erfordern, da die Grundbedingungen, Kapital und Arbeit, verbunden durch die Organisation, vorhanden sind[3]). § 3 HGB. spricht ihnen lediglich die Eigenschaft des kaufmännischen Unternehmens ab. Je stärker nun im Einzelfalle die oben erwähnten Grundzüge in Erscheinung treten, umsomehr tritt auch das Unsichere, Spekulative im Wesen des Unternehmens in den Vordergrund. Trotzdem darf man das Risiko nicht als eine wesentliche Eigenschaft ansehen[4]). Denn einmal bildet das Mißglücken des Unternehmens nicht allein für den Unternehmer eine Gefahr, andererseits braucht der Unternehmer selbst kein eigenes Vermögen zu besitzen, es kann ihm auch kreditiert sein. Der Geschäftsinhaber arbeitet also immer für eigene Rechnung, aber nicht immer auf eigene Gefahr. In dieser Weise versucht die Volkswirtschaftslehre, abgestellt auf reine Erfahrungstatsachen, den Unternehmensbegriff zu erläutern. Die Rechtswissenschaft versucht in ähnlicher Weise diesen Begriff zu entwickeln, ohne jedoch eine allgemein anerkannte Definition zu geben.

Eine gesetzliche Definition des Unternehmens gibt es nicht, deshalb ist seine rechtliche Natur von jeher sehr umstritten gewesen. Um so verständlicher ist diese Tatsache, wenn man bedenkt, wieviel Sachen und Rechte in einem Unternehmen zusammengefaßt sind, deren ver-

[1]) Grundriß der politischen Ökonomie, S. 341.
[2]) Schmoller, Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre, S. 512.
[3]) Philippowich a. a. O. S. 145; Schmoller a. a. O. S. 454.
[4]) Philippowich a. a. O. S. 146.

schiedener Charakter eine einheitliche Behandlung sehr erschwert. So können z. B. in einem Unternehmen zusammengefaßt sein Grundstücke und bewegliche Sachen, wie Maschinen, Waren, Rohstoffe, Geld, Wertpapiere, Handelsbücher und Geschäftsbriefe, die Geschäftseinrichtung und ähnliche Sachen. Dazu kommen weiter Forderungs- und andere Rechte, so das Recht am Warenzeichen und an der Firma, Urheber-, Patent- und Musterschutzrechte. Weiterhin gehören auch die Schulden des Geschäftes, die Passiva, zu dem Begriff des Unternehmens, wenn dies auch teilweise bestritten worden ist[1]). Damit ist jedoch der Begriff noch keineswegs erschöpft. Betrachtet man nämlich ein gutgehendes Unternehmen, so zeigt sich, daß sein Gesamtwert den der Summe seiner Einzelbestandteile oft um ein beträchtliches Maß übertrifft. Diese Wertsteigerungen bewirken die sogenannten Chancen[2]). Darunter fallen Beziehungen tatsächlicher Art, so z. B. die Geschäftserfahrungen, die Beziehungen zu Kundschaft und Lieferanten, die Organisation des technischen und kaufmännischen Betriebes, der Kredit, den der Geschäftsinhaber genießt, die Schulung der Angestellten und Arbeiter, die günstige Lage des Geschäfts und sonstige Imponderabilien. Die rechtliche Klassifizierung dieser Chancen ist außerordentlich schwierig, ja unmöglich. Dabei läßt sich nicht bestreiten, daß sie einen sehr großen wirtschaftlichen Wert und eine außerordentlich hohe Bedeutung für ein Unternehmen haben können. Sie sind aber zu flüchtig und wesenlos, um rechtlich erfaßt werden zu können, da sie noch nicht so weit gefestigt sind, daß man sie als Rechte ansprechen könnte. Es sind lediglich günstige Aussichten.

Rechnet man nun die Chancen zu den im Unternehmen sonst enthaltenen Sachen und Rechten, so darf man sicher sein, alle materiellen Grundlagen des Unternehmens erfaßt zu haben. Trotzdem fehlt aber noch ein wichtiger Bestandteil, der es erst ermöglicht, von einem Unternehmen überhaupt zu sprechen. Durch ihn werden die einzelnen Sachen und Rechte erst zu einer Einheit zusammengefaßt, und er läßt die Chancen erst entstehen. Dieses Essentiale ist die Organisation, die Tätigkeit des Unternehmers, oder derjenigen —, je nach der Größe und Beschaffenheit des Unternehmens — deren Aufgabe die Organisation des Geschäftes ist. Man wird zugeben müssen, daß dieses Moment das primäre ist; kann man sich doch Unternehmen mit nur geringem

[1]) Vgl. hierzu Hellwig § 61, S. 399; Cosack, Handelsrecht § 14, III, 1, S. 51; Pisko, in Ehrenbergs Handbuch, S. 205.

[2]) Vgl. hierzu Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, S. 85; Wieland, Handelsrecht, S. 246; Lehmann, Handelsrecht, S. 109; Ladenburg in Buschs Arch. Bd. 34, S. 27.

Vermögenseinsatz denken, die trotzdem florieren. Dagegen vermag ein noch so großer Kapitalsaufwand auf die Dauer das Organisationstalent nicht zu ersetzen. Die Wichtigkeit dieses Elementes hat denn auch dazu geführt, daß man die rechtliche Natur des Unternehmens von dieser Seite aus zu erfassen suchte und dabei die materiellen Grundlagen völlig vernachlässigte. So lautet z. B. die Definition Gellers[1]) folgendermaßen: „Jedes Unternehmen besteht in nichts anderem, als in der ständigen Bereitschaft des Subjekts zu den durch den Rahmen des Unternehmens bezeichneten Umsätzen und in der Kundbarkeit dieser Bereitschaft nach außen." Die tatsächlichen Grundlagen des Unternehmens sind deshalb gleichgültig und können überhaupt fehlen. Maßgebend allein ist der Wille etwas zu unternehmen, zu fördern. Dies folgert Geller auch daraus, daß beim Erwerb der Firma nicht sämtliche Aktiva und Passiva an den Erwerber übergehen müssen, sondern gewisse Bestandteile ausgenommen werden können[2]). Dieses Vernachlässigen der materiellen Grundlagen führt allerdings zu einer sehr weiten Ausdehnung des Unternehmensbegriffes. So rechnet Geller auch die Tätigkeit der Anwälte, Ärzte, Künstler hierzu[3]). In diesen Fällen wird man aber nur von persönlichen Arbeitsleistungen sprechen können. Geller zieht jedoch aus seiner engen Auffassung nicht die notwendige Folgerung, nämlich die Unmöglichkeit der Übertragung des Unternehmens. Er glaubt vielmehr, daß das permanente Angebot des Subjekts keine bloße Willensdisposition sei. Durch die „Intensität" des Unternehmens würde ein konstantes Verhältnis zwischen dem Unternehmer und der Kundschaft geschaffen. Eine Nachfolge in das Unternehmen bedeute lediglich das Eintreten in die schon vorhandene Angebotsstellung, die einen Subjektswechsel ebenso zulasse wie das Eigentum und der Besitz.

Gerade durch das letztere Moment setzt sich Geller in offenen Widerspruch mit dem Gesetz. Denn die Veräußerung der Firma und Warenzeichen ohne die zugehörigen Betriebe ist nach § 23 HGB. und § 7 WZG. ausgeschlossen. Er behauptet hierzu allerdings, daß diese Normen keine Rechtssätze, sondern nur falsche Lehrsätze seien[4]).

Geller geht bei seiner Begriffsentwicklung von dem ursprünglichen Wortsinne aus: „Unternehmen ist ein auf die Ausführung von etwas gerichteter Willenszustand[5])." Das Unternehmen im rechtlichen und wirtschaftlichen Sinne sei daher nichts anderes als der Umsatzwille des Subjekts und dessen Bekanntsein. Die im Gewerbebetriebe vorhandenen

[1]) ZBL., Bd. 8, S. 601. [2]) Ebenda, Bd. 7, S. 3.
[3]) Ebenda, Bd. 27, S. 988. [4]) Ebenda, Bd. 8, S. 608.
[5]) Ebenda, Bd. 24, S. 978; Bd. 27, S. 1.

gegenständlichen Teile sind für den Begriff des Unternehmens ganz unwesentlich und rein zufälliger Natur. Sie können nach seiner Ansicht auch ohne weiteres fehlen.

Diese Auffassung widerspricht aber schon dem allgemeinen Sprachgebrauch. Im Verkehr denkt man stets bei dem Wort Unternehmen an eine wirtschaftliche Erscheinung, die auf sachlicher Grundlage beruht.

Ebenso ist für Pisko[1]) die Tätigkeit des Gewerbebetreibenden allein wesentlich für die Begriffsentwicklung des Unternehmens. Nach ihm ist das „Unternehmen im objektiven Sinn lediglich eine den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit". Die materiellen Bestandteile sinken zur Rolle des Zubehörs herab[2]). Bei dieser Definition Piskos fällt auf, daß er neben dem persönlichen Moment, nämlich der Tätigkeit des Unternehmers, auch die Chancen in seine Begriffsbestimmung aufnimmt, denn um diese handelt es sich, wenn er „von einer gesicherten Absatzgelegenheit" spricht. Verständlich ist das insofern, als gerade die Chancen in hohem Grade von der Persönlichkeit bzw. Tätigkeit des Unternehmers abhängen. Ob aber dadurch die Definition Piskos an Brauchbarkeit gewinnt, darf angesichts der oben erörterten unsicheren rechtlichen Natur der Chancen wohl bezweifelt werden.

Eine andere Ansicht vertritt den entgegengesetzten Standpunkt, wonach das Unternehmen mit dem Handelsvermögen desselben identisch sei, was sich besonders bei der Übertragung des Unternehmens zeige[3]). Es stehen sich also zwei Ansichten gegenüber, die von ganz verschiedenen Standpunkten aus die rechtliche Natur des Unternehmens zu erfassen suchen. Die eine Lehre sieht das Wesentliche in der Tätigkeit des Unternehmers, die andere legt den Hauptwert auf die sachlichen Grundlagen. Nach Ansicht des Verfassers wird die Wahrheit in der Mitte, bzw. der Verbindung beider Merkmale liegen. Der Unternehmensbegriff umfaßt beides, sowohl die vermögensrechtlichen Grundlagen, als auch die organisierende Tätigkeit[4]).

---

[1]) Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs und derselbe in Grünhuts Zeitschr., Bd. 38, S. 743.

[2]) Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, S. 58ff. und in Ehrenbergs Handb., S. 202.

[3]) Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, § 37, III; von Hahn, Kommentar zum allgemeinen Handelsgesetzbuch, Bd. 1, Art. 22, Anm. 2; Staub-Bondi, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, § 22, Anm. 4; Ohmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt, S. 5ff.; Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, § 22, 2.

[4]) So auch Oppikofer a. a. O. S. 8/9; Wieland, Handelsrecht, S. 239ff.; Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, S. 84.

Gegen die Ansicht, die das Unternehmen als reinen Tätigkeitsbegriff auffaßt, spricht vor allem die sehr materielle Natur des Unternehmens und die hohe Bedeutung, die die tatsächlichen Grundlagen für dasselbe haben. Wohin ihre Vernachlässigung führt, zeigt am besten die außerordentlich weite Auffassung Gellers vom Unternehmen, der auch die Tätigkeit des Rechtsanwaltes, des Arztes, ja des Künstlers unter diesen Begriff fallen läßt.

Aber auch die andere Ansicht, wonach der Begriff des Unternehmens allein durch die materiellen Grundlagen gedeckt ist, läßt sich schwerlich halten, ist doch gerade die organisatorische Tätigkeit, wie bereits oben ausgeführt wurde, das Moment, durch das alle einzelnen Sachen und Rechte erst zu einer gewissen Einheit, dem Unternehmen, zusammengefaßt werden.

Gegen diese Auffassung spricht außerdem auch der Wortlaut des § 25, Abs. 2 HGB., wonach beim Erwerb eines Handelsgeschäfts unter Lebenden nicht alle Aktiva und Passiva auf den Erwerber überzugehen brauchen. Wenn das aber nicht nötig ist, so ist damit doch erwiesen, daß Unternehmen und Geschäftsvermögen nicht identisch sind [1]). Der Begriff des Unternehmens ist weiter zu verstehen. Er umfaßt sowohl den Tätigkeitsbegriff, als das Geschäftsvermögen, oder wie es Oppikofer formuliert: „Es ist eine Organisation von Wirtschaftsgütern und Arbeit“ [2]). Damit kommt der juristische Begriff dem volkswirtschaftlichen sehr nahe. Als weitere Voraussetzung für die Möglichkeit der Übertragung eines Unternehmens und damit für den Unternehmensbegriff überhaupt fordert Oppikofer ein unpersönliches Moment [3]). Das scheint dem Verfasser aber nur eine neue Bezeichnung der materiellen Grundlagen zu sein; denn gerade in ihnen ist das unpersönliche Element enthalten. Dieser Schluß ergibt sich am besten aus praktischen Beispielen. Man denke nur an die Tätigkeit eines Rechtsanwaltes, eines Notars oder eines Arztes. Hier fehlen die materiellen Grundlagen, wenn man von der Möbeleinrichtung, Schreibmaschinen, den Instrumenten des Arztes und ähnlichen Dingen absieht. Auch die günstige Lage der Praxisräume fällt gegenüber der Person des Arztes oder Rechtsanwaltes wenig ins Gewicht. Wenn nun auch in den eben angeführten Beispielen die materiellen Grundlagen nicht völlig fehlen, so ist doch zu berücksichtigen, daß kein Arbeitender ganz ohne Werkzeug auskommt. Nach dem im Friseurgewerbe herrschenden Brauche hat ein Friseurgehilfe die zur

[1]) Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, S. 7; Hellwig, S. 399 ff.; Wieland, Deutsches Handelsrecht, S. 250/51; Geller, ZBL., Bd. 7, S. 3; Wolff, Festgabe für Gierke, S. 120, Anm. 15.

[2]) a. a. O. S. 8/9. [3]) a. a. O. S. 9 ff.

Ausübung seines Berufes nötigen Kämme, Rasiermesser und Scheren selbst zu stellen. Trotzdem wird es wohl niemand einfallen, seine Erwerbstätigkeit, die im Abhängigkeitsverhältnis erfolgt, als Unternehmen zu bezeichnen.

Bevor nun auf den Begriff des Gewerbebetriebes und sein Verhältnis zu dem des Unternehmens eingegangen wird, erscheint es dem Verfasser angebracht, auch den Begriff des Betriebes kurz zu streifen. Er deckt sich nicht mit dem des Unternehmens oder Gewerbebetriebes. Hierin ist Oppikofer recht zu geben[1]). Der Betrieb umfaßt vielmehr nur die tatsächliche, örtliche Einheit von Gebäuden, Maschinen usw. Privatrechtlich ist der Begriff nichtssagend, seine Bedeutung liegt mehr im öffentlichen Arbeitsrecht.

Dagegen hat der Begriff des Gewerbebetriebs durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts Eingang ins Privatrecht gefunden[2]). Zunächst hat der Gewerbebetrieb dieselben Grundlagen wie das Unternehmen. Auch er bedarf der materiellen Grundlagen. Man kann eine reine Erwerbstätigkeit, wie z. B. die eines Fabrikarbeiters, nicht als Gewerbebetrieb bezeichnen. Vielmehr muß man die selbständige organisatorische Tätigkeit auch hier als weiteres Begriffsmerkmal fordern. Trotzdem ist nach Ansicht des Reichsgerichts der Begriff Gewerbebetrieb enger zu verstehen als Unternehmen, weil die in ihm ausgeübte Tätigkeit ein Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung sein muß[3]). Für diese Auffassung des Reichsgerichts spricht vielleicht der bloße Wortsinn des Begriffes Gewerbebetrieb. Die Gewerbeordnung selbst gibt ebensowenig wie ein anderes Gesetz eine Definition des Gewerbebetriebes. Trotzdem wird diese Bezeichnung in der Gewerbeordnung gebraucht, z. B. im § 6 dieses Gesetzes und zwar in einem Zusammenhang, der gegen die Auffassung des Reichsgerichts spricht. In § 6 Gew. O. werden nämlich die Tätigkeiten aufgezählt, die keine Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung sind. Trotzdem werden diese Unternehmungen als Gewerbetriebe bezeichnet. Das kann aber nur den Sinn haben, daß ein Gewerbe im technischen Sinn für den Begriff des Gewerbetriebes nicht erforderlich ist.

Die Auffassung des Reichsgerichts muß aber auch noch deshalb bekämpft werden, weil sie zu großen Härten führt. Es ist nämlich nicht einzusehen, weshalb Unternehmen, wie große Hochseefischereien, Eisenbahn-Gesellschaften, landwirtschaftliche Unternehmen, z. B. Handelsgärtnereien, nicht denselben rechtlichen Schutz genießen sollen, wie die

[1]) a. a. O. S. 14.
[2]) Vgl. die Reichsgerichtsentscheidungen auf S. 60 ff.
[3]) RG. Bd. 64, S. 156; J.-W. 1902, S. 227.

Berufszweige, die unter die Gewerbeordnung fallen. Für die hier vertretende Auffassung spricht auch der Wortlaut des unlauteren Wettbewerbgesetzes, das überall da, wo ein gewerblicher Wettbewerb möglich ist, seinen Schutz verleiht und diesen Schutz auch für die landwirtschaftlichen Unternehmen im § 1, Abs. 5 ausdrücklich statuiert. Im folgenden werden deshalb die Worte Gewerbebetrieb und Unternehmen als gleichwertige Begriffe gebraucht. Auf dieser Grundlage aufbauend will Verfasser alle weiteren Untersuchungen, insonderheit die Frage, ob der Gewerbebetrieb ein subjektives Privatrecht ist, vornehmen.

§ 5. Die Stellungnahme von Wissenschaft und Praxis zu der Frage, ist der Gewerbebetrieb ein subjektives Recht?

a) Die ältere Theorie.

1. vor Gierke.

Bis in die neuere Zeit hinein fand in der Rechtswissenschaft das Problem des Schutzes des Gewerbebetriebes nur geringe Beachtung. Vor dem Jahre 1896 kannte das deutsche Recht keinerlei Schutz gegen unlauteren Wettbewerb. Am frühesten trat der Schutz eines subjektiven absoluten Privatrechts an immateriellen Gütern in Erscheinung bei dem sogenannten geistigen Eigentum, das ein Schriftsteller an seinem Werke haben sollte. Otto Mayer war es, der zum ersten Mal im Jahre 1881 zu diesem Problem ausführlich Stellung nahm[1]). Er lehnt die Idee, daß auch immaterielle, geistige Güter Gegenstand der Herrschaft eines Rechtssubjekts sein könnten, ab und vertritt die Auffassung, daß in den Gesetzen, die zum Schutz des geistigen Eigentums, des Urheberrechts usw.[2]) erlassen worden sind, lediglich Verbote enthalten wären, die der Staat aus moralischen oder volkswirtschaftlichen Erwägungen gegeben habe. Das Privatrecht hätte aber mit dem Schutz solcher rechtlichen Verhältnisse nichts zu tun; da nach seiner Auffassung diese Dinge keine Rechte sind, so folgert er daraus, daß sie, wenn sie privatrechtliche Wirkung hätten, diese von außen in das Privatrecht hineingetragen worden wäre, und nur das eine bedeute, daß andere diese Handlungen nicht vornehmen dürften. Er kommt also zu einem völlig negativen

[1]) Concurrence déloyale, 20. Bd.

[2]) Hierzu gehören folgende Gesetze: a) Gesetz vom 11. 6. 1870 betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken; b) Gesetz vom 9. 1. 1876 betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste; c) Gesetz vom 10. 1. 1876 betreffend das Urheberrecht der Photographen; d) Gesetz vom 11. 1. 1876 betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen; e) Gesetz vom 30. 11. 1874 betreffend das Individualrecht des Markenschutzes.

Ergebnis und lehnt das Bestehen eines subjektiven Rechts mangels privatrechtlicher Grundlage grundsätzlich ab. Die Auffassung Otto Mayers muß heute als verfehlt bezeichnet werden. Die Rechtsentwicklung hat gerade zu dem entgegengesetzten Ergebnis geführt. Urheber- und Patentrechte sind heute anerkannte subjektive Privatrechte.

Das französische Recht hat von jeher einen Schutz des Gewerbebetriebes gegen unlauteren Wettbewerb anerkannt[1]), und gerade dieser Umstand hätte Otto Mayer zu einer anderen Auffassung bringen müssen.

Im Gegensatz zu Otto Mayer bejahte Rehm[2]) die Existenz eines subjektiven Privatrechts am Gewerbebetrieb. Er baut seine Ansicht auf dem Inhalt des § 1, Abs. 1 der Gewerbeordnung auf. Nach dieser Bestimmung ist jedermann die Ausübung eines Gewerbes gestattet, soweit nicht gesetzliche Ausnahmen oder Beschränkungen vorhanden sind. Nach der Ansicht Rehms wird dadurch dem einzelnen die Befugnis zum Handeln in dieser Richtung gewährleistet. Sie muß infolgedessen rechtlich als ein Recht auf den Gewerbebetrieb gewürdigt werden, umsomehr, als gleichzeitig durch die Bestimmung des § 1 Gew. O. die Störung gewerblicher Rechtshandlungen innerhalb der gesetzlichen Grenzen dem einzelnen und dem Staate verboten seien[3]).

Besonders lebhaft wird die Ansicht Otto Mayers von Kohler bekämpft[4]). Er führt den Markenschutz auf ein dem Inhaber der geschützten Marke zustehendes Recht zurück und bezeichnet diese neue Rechtskategorie als ein Individualrecht. Solche Güter sind aber im Staatsinteresse zu schützen. Zu den Individualrechten eines jeden subjektiven Rechtswesens gehöre vor allem das Recht zu verlangen, daß das Individuum als solches in seiner Individualität anerkannt werde. Die natürliche Folge dieser Anerkennung sei der Schutz des Namens, der Marke usw. Als letzte Konsequenz zieht Kohler hieraus den Schluß, daß auch ohne jede Markenschutzgesetzgebung ein Schutz der individuellen Arbeitsbeziehungen begründet sei und über das spezielle Markenrecht sogar hinausgehe. Dieser sehr weitgehenden Auffassung Kohlers kann man sich nicht unbedingt anschließen. Wenn man den Begriff des Persönlichkeitsrechts so stark in den Vordergrund rückt und die praktischen Folgerungen daraus zieht, wird jede Spezialgesetzgebung überflüssig.

Lobe[5]) kommt zunächst zu dem gleichen Ergebnis wie Rehm. Er geht von den monopolisierten Gewerbegerechtigkeiten aus und sieht in

[1]) Durch entsprechende Anwendung des Art. 1382 Cod. civ.

[2]) Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession, S. 10.

[3]) Zu demselben Ergebnisse müßte man auf Grund des Art. 151, Abs. 3 der Reichsverfassung kommen, denn auch hier heißt es: „Die Freiheit des Handels und Gewerbes wird nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährleistet."

[4]) Das Recht des Markenschutzes.

[5]) Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, S. 5 ff.

der Gewerbefreiheit nur eine Ausdehnung dieses Rechtes auf alle. Diese Ansicht Lobes dürfte jedoch zu weit gehen. Die Gewerbefreiheit allein hat noch kein absolutes Recht auf das Gewerbe geschaffen. Dies müßte man jedoch annehmen, wenn man die Gewerbefreiheit den monopolisierten Gewerbegerechtigkeiten gleichstellt.

Im Gegensatz zu Lobe will Landmann[1]) das Recht am Gewerbebetrieb auf das bereits begonnene Unternehmen beschränkt wissen[2]). Landmann sieht den Grund hierfür hauptsächlich darin, daß die Gewerbeordnung keine rückwirkende Kraft habe, also die bei der Einführung der Gewerbeordnung vorhandenen monopolisierten Gewerbeberechtigungen einmal ihres subjektiven privatrechtlichen Charakters nicht habe entkleiden können, zum anderen aber auch aus dem § 143 desselben Gesetzes sich ergebe, daß die Berechtigung zur Ausübung eines Gewerbebetriebes unter Ausschluß der gesetzlichen Maßnahmen nicht entzogen werden dürfe. Weitere Belege findet Landmann für seine Ansicht in den §§ 40, 33a, 49, 51, 53, 54, 58, 63, 152, Abs. 2 Gew.O. Die Ansicht Landmanns dürfte selbst in diesen Grenzen nicht haltbar sein, denn es geht nicht an, die Monopolstellung, wie sie z. B. den Zünften in der mittelalterlichen Stadtwirtschaft zukam, mit unserer heutigen Gewerbefreiheit zu vergleichen und die Behauptung aufzustellen, ein schon vorhandenes, wenn auch nur einigen wenigen vorbehaltenes Recht zum Gewerbebetrieb sei durch die Gewerbeordnung auf alle ausgedehnt worden und habe dadurch seinen Charakter nicht verändert. § 1 Gew.O. besagt trotz seiner positiven Fassung nichts anderes, als daß die Zulassung zur Ausübung des Gewerbes nicht mehr wie früher von besonderen Voraussetzungen abhängig gemacht werden kann. Besondere Voraussetzungen in diesem Sinn sind nur die Einschränkungen, die vor Einführung der Gewerbeordnung bestanden, sie betreffen nicht sachliche, sondern lediglich persönelle Momente. Weiterhin wird die Ansicht Landmanns über die Bedeutung des § 1 Gew.O. für unser Problem dadurch erheblich erschüttert, daß nach dieser Vorschrift, wenn sie richtig verstanden wird, nur die Zulassung zum Gewerbe frei ist, die Ausübung dagegen an die vom Gesetz selbst durch die salus publica bedingten Schranken gebunden ist[3]).

---

[1]) Kommentar zur Gewerbeordnung, § 1.

[2]) Eine ähnliche Begrenzung hat dieser Begriff auch durch die reichsgerichtliche Judikatur erfahren, insofern, als das Reichsgericht immer nur vom eingerichteten oder ausgeübten Gewerbetrieb spricht.

[3]) Diese Ansicht wird auch von Isay, einem Vertreter der neueren Theorie, geteilt. Nach ihm kann eine jedermann zustehende Befugnis nicht Gegenstand eines subjektiven Rechts sein, selbst wenn sie früher einmal ein Vorrecht weniger Personen war. Unternehmen, S. 18.

2. Gierke.

Das unbestreitbare Verdienst zum ersten Mal eine gründliche Untersuchung der Frage nach dem Bestehen eines subjektiven Privatrechts am Gewerbebetriebe unternommen zu haben, muß Gierke zugesprochen werden. Er tritt in seinem im Jahre 1895 erschienenen Aufsatz „Der Grund des Rechtsschutzes gegen den unlauteren Wettbewerb“ [1]) und in seinem Privatrecht, Bd. 1, S. 702ff. auf das entschiedenste für das Bestehen eines subjektiven Privatrechts am Gewerbebetrieb ein. Er geht dabei von den sogenannten Persönlichkeitsrechten aus. Wer Rechte und Pflichten haben könne, müsse von der Rechtsordnung als eine rechtliche Persönlichkeit anerkannt werden [2]). Das Recht der Persönlichkeit ist damit ein subjektiv absolutes Recht und muß von jedermann anerkannt und geachtet werden. Zu den besonderen subjektiven Privatrechten, die aus diesem allgemeinen Recht der Persönlichkeit entstanden sind, gehören einerseits Rechte an Sachen, andererseits Rechte an der eigenen Person. In den Kreis dieser letzteren zieht Gierke alle Rechte, die dem Berechtigten den Genuß eines persönlichen Gutes bzw. die Betätigung einer persönlichen Kraft allen anderen Personen gegenüber gewährleisten. Verpflichtetes Subjekt ist damit jedermann, diese Rechte sind also absolute Rechte [3]). Damit stellt sich Gierke in bewußten Gegensatz zu Otto Mayer, der von diesen Rechten mit derselben Entschiedenheit behauptet hatte, sie seien keine Rechte, denn sie hätten kein Objekt. Nach Gierke dagegen ist das Objekt dieses allgemeinen Persönlichkeitsrechtes die eigene Person des Menschen, die Persönlichkeitssphäre.

Im deutschen und im modernen Recht sind solche Persönlichkeitsrechte in zahlreichen Fällen zur selbständigen Gestaltung gekommen. Das Gesetz hat sie des öfteren in ihrem Sonderdasein so befestigt, daß sie sich von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ebenso scharf scheiden lassen, wie etwa das Eigentum. In vielen Fällen ist nach Gierke allerdings der Unterschied zwischen dem allgemeinen und den besonderen Persönlichkeitsrechten noch fließend und unsicher. Ohne weiteres erkennt Gierke als besonderes Persönlichkeitsrecht das Urheber- und Patentrecht an. In anderen Fällen dagegen läßt er diese Frage offen, z. B. bei der Gräberruhe, dem Recht auf Hausfrieden usw. Vollkommen lehnt er das Vorhandensein eines besonderen Persönlichkeitsrechtes ab bei den nun in der Reichsverfassung gewährleisteten Betätigungen, z. B. der Vereins-, der Versammlungs-, der Gewissensfreiheit usw. Auf diesen Gebieten gäbe es kein Persönlichkeitsrecht.

---

[1]) Zeitschr. f. gewerbl. Rechtsschutz und Urheberrecht 1895.

[2]) Einen ähnlichen Standpunkt hat schon Regelsberger in seinen Pandekten, Bd. 1, S. 197 ff. vertreten.

[3]) Deutsches Privatrecht Bd. 1, S. 260 ff.

Hinsichtlich unseres Problems hat Gierke folgende Auffassung. In dem allgemeinen Recht der Persönlichkeit ist das Recht auf freie Betätigung der eigenen geistigen und leiblichen Kräfte innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Schranken enthalten. Auch das Recht, sich rechtsgeschäftlich zu betätigen und Rechte zu erwerben, bedarf keiner Heraushebung aus dem allgemeinen Recht der Persönlichkeit, denn besondere Privatrechte auf einzelne Zweige der menschlichen Tätigkeit sind im allgemeinen auch da nicht ausgebildet, wo das öffentliche Recht diese Befugnisse anerkennt und gewährleistet. Besondere Persönlichkeitsrechte privatrechtlicher Art existieren aber seiner Meinung nach auf dem Gebiete der wirtschaftlichen Erwerbstätigkeit. Zwar muß das Recht zu beliebiger Erwerbstätigkeit als unmittelbarer Ausfluß des Persönlichkeitsrechtes angesehen werden, aber gerade dies Recht der Gewerbefreiheit stellt sich als ein besonderes Privatrecht dar.

Durch die gewerbliche Betätigung entsteht dann ein subjektives Recht auf den dadurch gewonnenen wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich. Wer ein derartiges Persönlichkeitsgut einmal erworben hat, ist in weitem Umfange gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt geschützt. Dieser Schutz versagt jedoch gegen Eingriffe dritter Personen, da nach dem Grundsatz der Gewerbefreiheit jeder den Konkurrenzkampf aufnehmen kann, weil auch für ihn dasselbe Persönlichkeitsrecht gegeben ist. Nur soweit sich die Angriffe dritter als unlauterer Wettbewerb darstellen, enthalten sie eine Verletzung des auf den Gewerbebetrieb bezogenen Persönlichkeitsrechts. Jeder Gewerbetreibende hat einen allgemeinen Anspruch auf Schutz gegen unlauteren Wettbewerb.

Gierke geht bei seinen Darlegungen von dem Begriff des Persönlichkeitsrechts aus, ohne dabei die Schutznormen, die für einen Gewerbebetrieb bestehen, zur Begründung heranzuziehen. Er will also das Recht am Gewerbebetrieb als ein Persönlichkeitsrecht aufgefaßt wissen, das unabhängig ist von den jeweiligen Schutznormen gegen unlauteren Wettbewerb. Aus dem primär vorhandenen subjektiven Recht am Gewerbebetrieb erwachsen neben anderen Wirkungen auch die Abwehrrechte gegen unlautere Angriffe dritter.

In gleicher Weise erklärt, wie schon oben ausgeführt, Kohler das gegen unlauteren Wettbewerb geschützte Privatrecht als ein Individualrecht, das allerdings nicht wie das Patentrecht zu dem Immaterialgüterrechten gerechnet werden dürfe[1]).

Der Ansicht Gierkes wird man sich nicht anschließen können, denn wie schon oben ausgeführt, wäre bei der Annahme eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes jede Gesetzgebung überflüssig, da dieses Recht in der Person vorhanden ist und nicht erst vom Gesetz begründet zu werden

[1]) Das Recht des Markenschutzes, S. 99.

braucht. Wenn aber der Gesetzgeber durch positive Bestimmungen ein solches Recht unter den Schutz des Staates stellt, so ist daraus e contrario zu schließen, daß es vor dieser Regelung nicht als Recht anerkannt werden kann.

Der Begriff Persönlichkeitsrecht ist zu unbestimmt und dehnbar, es läßt sich damit schließlich ein Abwehrrecht gegen Angriffe jeder Art begründen. Würde man den Begriff in seiner vollen Weite annehmen, so würde damit ein ähnlicher Zustand geschaffen, wie wenn etwa auf strafrechtlichem Gebiete der Grundsatz Platz griffe: „Wer Unrecht tut, wird bestraft." Durch diese generelle Fassung würde das Strafgesetzbuch ausgeschaltet werden, ein Ergebnis, das deutlich die Unhaltbarkeit der Persönlichkeitsrechtstheorie zeigt.

Mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde das Problem unserer Arbeit mit der Frage, was unter einem „sonstigen Rechte" im Sinne des § 823, Abs. 1 BGB. zu verstehen sei, eng verbunden[1]).

Einer der ersten, der das Privatrecht am Gewerbebetrieb im System des Bürgerlichen Gesetzbuches in den Rahmen seiner Untersuchungen stellte, war Oertmann. In seinem 1899 erschienenen Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse führte er zu dem Begriff des „sonstigen Rechts" folgendes aus: „Auch die Ausübung des Gewerbebetriebes wird man hierher rechnen müssen. Es handelt sich dabei um ein jedermann zustehendes prinzipielles Recht, ein Gewerbe zu beginnen, das als ein wohlerworbenes Recht gegen Eingriffe dritter geschützt werden müsse, insonderheit auf Grund der Bestimmungen des unlauteren Wettbewerbgesetzes."

Gegen diese Auffassung wendet sich Binder[2]), indem er ausführt, der Geschäftsbetrieb sei nie Objekt eines subjektiven Rechts. Ein solches Recht habe weder der Erwerber noch der Veräußerer eines Geschäfts. Auf Grund der Handelsfreiheit könne jeder an jedem Orte ein Handelsgewerbe ohne Rücksicht auf die Konkurrenz betreiben. Das Bürgerliche Gesetzbuch gewähre auch nur der Firma des Gewerbetreibenden, nicht seinem Gewerbe Schutz. Rechtliche Konstruktionen, die in den Zeiten des Zunftzwanges gegolten hätten, seien heute im Zeitalter der Gewerbefreiheit nicht mehr möglich. Dieser letzte Gedanke ist offenbar richtig. Aus einem allgemeinen vom Staate zugestandenen Rechte kann nicht die Folge abgeleitet werden, daß diese Befugnis ein subjektives Recht sei.

---

[1]) Vgl. hierzu die weiteren Ausführungen über das Problem „sonstige Rechte" im Sinne von § 823, Abs. 1 BGB. auf S. 14 ff., auf die verwiesen wird, um Wiederholungen zu vermeiden.

[2]) Die Rechtsstellung des Erben, I, S. 31.

Von dem Widerspruch Binders abgesehen, wurde im übrigen von den Theoretikern in dieser ersten Periode der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches die Gierkesche Auffassung übernommen.

b) Das Reichsgericht.

Nach diesem Überblick über die Stellungnahme der Theorie zu unserem Problem soll nun geprüft werden, welche Stellung das Reichsgericht zu der vorliegenden Frage einnimmt. Einer der ersten Fälle, in denen es sich damit zu befassen hatte, war ähnlich dem bereits eingangs der Arbeit angeführten. Es handelte sich um einen Rechtsstreit zwischen zwei Bürstenfabrikanten, von denen der eine sein Fabrikat mit Unrecht als gesetzlich geschützt bezeichnete und dem anderen die Herstellung desselben untersagte. Das Reichsgericht hat hier in dem Urteil vom 26. 12. 1894 [1]) ausgeführt, daß ein widerrechtlicher Eingriff des Beklagten (der sein Fabrikat zu Unrecht als geschützt bezeichnet hatte) in den Rechtskreis aller derjenigen Personen vorliege, die solche Waren herstellten und vertrieben; denn der Beklagte greife in deren gewerbliche Dispositionen ein, beeinflusse ihren Absatz ungünstig und belege endlich rechtlich erlaubte Handlungen mit dem Scheine der Ungesetzlichkeit. Die Grundlage eines rechtlichen Schutzes gegen solche Eingriffe bilde die in § 1 Gew.O. gewährleistete Gewerbefreiheit. Das Reichsgericht begründet damit das Recht am Gewerbebetrieb mit denselben Argumenten, mit denen es zu dieser Zeit auch die Wissenschaft zu beweisen versuchte [2]). Auch in einem späteren Urteil vom 2. 12. 1899 [3]) findet sich dieselbe Begründung. Diese beiden Urteile liegen vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches und lassen noch das klare Erkennen des Problems vermissen. Insbesondere fehlt die scharfe Unterscheidung zwischen bloßen rechtlichen Interessen und einem subjektiven Recht. Die Notwendigkeit einer scharfen Trennung zwischen beiden wurde erst durch die jetzige Fassung des § 823 BGB. veranlaßt. Deshalb wird es richtig sein, die vor dem Jahre 1900 liegenden Reichsgerichtsentscheidungen beiseite zu lassen. Tatsächlich zeigt dann auch die erste Entscheidung des Reichsgerichts nach diesem Zeitpunkt, daß man nunmehr auf die Schwierigkeit des Problems näher einging. Dies geschah erstmals in der Entscheidung RG. Bd. 48, S. 114 (6. Senat) vom 11. 4. 1901. Die Beklagte war eine Hamburger Dampfschiffahrtsgesellschaft, die sich im Konkurrenzkampf mit einer Seglergruppe befand. Um auf diese einen wirtschaftlichen Druck ausüben zu können, kündigte erstere den Speditionsfirmen, die an der Seglergruppe beteiligt waren, sämtliche Frachttarife. Als eine der in Betracht kommenden

[1]) Patent-, Muster- und Zeichenblatt, Bd. 1, 1894.
[2]) Vgl. weiter oben S. 28ff. [3]) RG. Bd. 45, S. 59.

Speditionsfirmen der Dampfschiffartsgesellschaft einen Auftrag einer dritten (an diesem Konkurrenzkampf nicht beteiligten) Firma zur Ausführung übergab, erwiderte die Dampfschiffahrtsgesellschaft, daß sie an die betreffende Firma schreiben und sie darauf aufmerksam machen würde, daß sie ihr höhere Frachtsätze berechnen werde, wenn sie weiterhin die Dienste der Klägerin als Vermittlerin in Anspruch nehme. Die Speditionsfirma klagte gegen die Dampfschiffahrtsgesellschaft auf Unterlassung derartiger Benachrichtigungen. Das Reichsgericht befaßte sich darauf zum ersten Mal mit der Theorie vom subjektiven Recht am Gewerbebetrieb und führte aus, daß bei Annahme eines solchen Rechtes sich der Unterlassungsanspruch aus der absoluten Natur dieses Rechtes ergebe. Die Klägerin aber habe ihren Anspruch nicht auf § 823, Abs. 1 BGB. gestützt. Es könne deshalb davon abgesehen werden, ob der Gewerbebetrieb unter ein „sonstiges Recht" im Sinne von § 823, Abs. 1 BGB. falle. Diese Entscheidung läßt erkennen, daß das Reichsgericht noch nicht die Absicht hat, sich eingehender mit der neuen Lehre zu befassen. Es hält sie offenbar noch nicht für so entwickelt, um sie in die Praxis zu übernehmen.

Dagegen nimmt es schon in der nächsten Entscheidung[1]) einen vollkommen anderen Standpunkt ein. Ein aus einem Ärzteverein ausgeschiedener Arzt, der gleichzeitig Inhaber einer Privatklinik war, klagte gegen den Verein, weil dieser allen seinen Mitgliedern untersagt hatte, mit dem Kläger weiter beruflich zu verkehren. Der Kläger verlangte nun Aufhebung dieses Verbotes. Das Reichsgericht gab dieser Klage mit folgender Begründung statt: Das Recht zur Ausübung eines Gewerbebetriebes sei als ein sonstiges Recht im Sinne des § 823, Abs. 1 BGB. aufzufassen. Der ärztliche Beruf sei zwar kein Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung, er werde aber dazu, sobald er mit dem Betriebe einer Privatklinik verbunden wäre. Der betreffende Arzt hatte nämlich eine solche betrieben. Wenn in diesen Gewerbebetrieb auf die geschilderte Art und Weise eingegriffen würde, so sei das eine Verletzung der persönlichen Ehre und eine Schädigung des Rufes der Klinik und damit auch des freien ungestörten Gewerbebetriebes des Klägers, der an dem Bestehen der Klinik ein hohes wirtschaftliches Interesse habe. Der Eingriff der Beklagten sei schuldhaft und widerrechtlich und deswegen dem klägerischen Begehren stattzugeben. Bei dieser Begründung scheint es auf den ersten Blick sonderbar, daß der ärztliche Beruf als solcher nicht das Objekt eines subjektiven Rechtes sein kann, sondern erst durch die Verbindung mit einer Privatklinik dazu fähig wird. Weiterhin fällt auf, daß eine Begründung für die

[1]) JW. 1902, S. 227, 4. Senat.

Existenz eines subjektiven Rechtes am Gewerbebetrieb nicht gegeben, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Im Gegensatz dazu lehnt der 6. Senat in der folgenden Entscheidung [1]) ein Recht auf freie Erwerbstätigkeit als subjektives Recht ab und zwar setzt er sich mit der Gierkeschen Theorie vom Persönlichkeitsrecht auseinander. Der 6. Senat lehnt sie ab, weil „diese bisher noch nicht zur Abklärung und Anerkennung gelangte Auffassung für die Anwendung des § 823, Abs. 1 BGB., dessen Begrenzung damit eine völlig unsichere würde, als nicht verwertbar erscheine". Fähigkeiten, die auf Grund der allgemeinen Handlungsfreiheit jedermann zuständen, seien keine subjektiven Privatrechte, deshalb auch nicht die Befugnis zur freien Verwertung der Arbeitskraft. Es handelt sich bei dieser Entscheidung um einen Boykott, den ein Arbeitgeber über seine streikenden Arbeiter dadurch zu verhängen suchte, daß er andere Fabrikanten derselben Branche bat, seine ehemaligen Leute nicht einzustellen. Das Reichsgericht wies die Klage ab, weil die klagenden Arbeiter nicht einen Gewerbebetrieb hätten, sondern nur ihre Arbeitskraft betätigten. Aus der weiteren Begründung geht aber hervor, daß auch der 6. Senat ein subjektives Recht am Gewerbebetrieb annehmen will, allerdings unter der Voraussetzung, daß es sich um „die Ausübung eines selbständig betriebenen Gewerbes handele, namentlich insoweit dieselbe gegen gewisse Eingriffe dritter durch das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs besonders geschützt werde". Diese Entscheidung ist auch noch insofern bemerkenswert, als das Reichsgericht den oben umgrenzten Begriff des Gewerbebetriebes als ein „wohlerworbenes Recht" anerkennt. Die Neueinführung dieses aus dem Allgemeinen Preußischen Landrecht stammenden Begriffes scheint Verfasser allerdings nicht besonders begrüßenswert zu sein; dadurch werden die schon vorhandenen Schwierigkeiten nur noch erhöht. Tatsächlich hat sich das auch später in zwei Entscheidungen gezeigt und zwar zunächst in RG. Bd. 61, S. 11. Hier hat wiederum der 6. Senat im Gegensatz zu der vorigen Entscheidung den Gewerbebetrieb nicht als „wohlerworbenes Recht" angesehen. Es mag zweifelhaft sein und gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit, ob der Gewerbebetrieb ein „wohlerworbenes Recht" ist. Jedenfalls hat das nichts mit der Frage zu tun, ob er Gegenstand eines subjektiven Privatrechts sein kann oder nicht. Die Verquickung dieser beiden Fragen hat hier offenbar Unheil angerichtet. Das hat das Reichsgericht anscheinend auch selbst erkannt.

In der Entscheidung JW. 1906, S. 163 führt es zwar wiederum aus, daß der Gewerbebetrieb kein „wohlerworbenes Recht" in jenem

[1]) RG. Bd. 51, S. 373.

technischen Sinne sei, verneint aber damit noch nicht gleichzeitig die Existenz eines subjektiven Privatrechtes überhaupt. In den zunächst folgenden Entscheidungen hat es dann den unklaren Begriff des „wohlerworbenen Rechtes" nicht mehr verwendet. Er war übrigens in diesem Zusammenhange zum ersten Mal von Oertmann in einem Aufsatz über die Entschädigung der Privatpostanstalten[1]) gebracht worden und Oertmann hat ihn auch in seinem Kommentar bis zur vorletzten Auflage beibehalten.

Das Reichsgericht hat diese Wendung noch einmal in der Entscheidung RG. Bd. 56, S. 275 gebraucht. Im Gegensatz zu den beiden vorangegangenen Entscheidungen wird hier ausgeführt: „Ein bestehender selbständiger Gewerbebetrieb mag wenigstens insoweit, als er durch positive Gesetzesvorschriften, namentlich durch das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. 5. 1896, besonders geschützt ist, als ein wohlerworbenes Recht anzusehen sein." Gleichwohl ist, so fährt das Reichsgericht fort, nicht jeder Eingriff in diesen Gewerbebetrieb als widerrechtlich anzusehen, besonders dann nicht, „wenn er in den Grenzen erlaubter Konkurrenz bzw. Koalition erfolgt ist". Von hoher Bedeutung für die Lehre vom subjektiven Recht am Gewerbebetriebe in der Praxis des Reichsgerichtes ist dann RG. Bd. 58, S. 24ff. geworden. Es ist der Fall der beiden Juteplüschfabrikanten, der in der Einleitung als Beispiel angeführt wurde. Hier war es der 1. Senat, der sich mit diesem Problem zu beschäftigen hatte. Er lehnte zunächst Gierkes Theorie vom Persönlichkeitsrechte ab. Ebensowenig erkennt er die Berechtigung zur freien Willensbetätigung des Gewerbetreibenden als Gegenstand eines subjektiven Rechtes an. Wenn dieser Wille aber bereits seine gegenständliche Verkörperung im eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gefunden habe, dann sei die feste Grundlage für die Annahme eines subjektiven Rechtes an diesem Betriebe gegeben. Störungen und Beeinträchtigungen, die sich unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richten, seien deshalb als eine unter § 823, Abs. 1 BGB. fallende Rechtsverletzung anzusehen. Ein derartiger gegen den Gewerbebetrieb selbst gerichteter Eingriff sei es offenbar, wenn auf Grund eines angeblich entgegenstehenden gewerblichen Schutzrechtes die rechtliche Zulässigkeit dieses Betriebes in bestimmten Umfange verneint und deshalb seine Einschränkung verlangt würde. Widerrechtlich aber sei dieser Eingriff, wenn das behauptete Schutzrecht in Wahrheit nicht bestehe, weil es sich dann nicht mehr um einen erlaubten Wettbewerb handele. In dieser Entscheidung hat das Reichsgericht zum ersten Mal die Formel „eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb" gebraucht,

[1]) DJZ. 1899, S. 93.

die sich in fast allen späteren Entscheidungen wiederfindet. Auch die Einschränkung, daß eine Verletzung des Rechtes am Gewerbebetrieb nur dann vorliegt, wenn sich der Eingriff unmittelbar gegen diesen richtet, dadurch nämlich, daß eine gewisse Einschränkung desselben verlangt wird, findet sich zum ersten Mal in einer oberstrichterlichen Entscheidung. Im Widerspruch dazu steht die Entscheidung vom 21. 10. 1904[1]). Es handelt sich um eine Unterlassungsklage wegen ungünstigen Urteilens über den Gewerbebetrieb eines anderen. Der Klage wird aus folgenden Gründen stattgegeben: „Die Anwendbarkeit des § 823 wird damit begründet, daß ungünstige Urteile über die gewerblichen Leistungen des Klägers geeignet seien, den Gewerbebetrieb desselben zu schädigen und zu beeinträchtigen. Diese Art der Beeinträchtigung gehe aber über die eigene Berechtigung des Beklagten, sich in diesem Gewerbe zu betätigen, hinaus und verletze deshalb das gleiche Persönlichkeitsrecht des Klägers." Diese Entscheidung steht im Widerspruch mit der sonstigen Haltung des Reichsgerichts zu unserer Frage, besonders zu der in den nächsten Urteilen, wo ein direkter Eingriff in den Gewerbebetrieb verlangt wird und ein solcher in der Beeinträchtigung der Aussicht auf Erwerb und Gewinnung von Kundschaft nicht gesehen wird. Auch in dem Urteile vom 27. 5. 1905[2]) findet sich wieder die Formel vom eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Es lag hier ein direkter Eingriff vor, insofern nämlich, als der Beklagte auf Grund eines ihm nicht zustehenden Patentrechtes ein Urteil gegen den Kläger erwirkt hatte, wodurch dem Kläger die Herstellung eines gewissen Fabrikates verboten worden war. Trotzdem kam das Reichsgericht zur Abweisung der Klage, weil die Erwirkung des Urteils durch den Beklagten nicht als schuldhaft angesehen werden konnte, und die §§ 89, 302, 600, 717, 945 ZPO. im vorliegenden Falle keine Anwendung finden konnten. Das Reichsgericht hat das Erfordernis, daß der Eingriff sich unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richten müsse, „sei es, daß dieser tatsächlich gehindert oder daß seine rechtliche Zulässigkeit verneint und seine Schließung oder Einschränkung verlangt wird, in allen Entscheidungen späteren Datums aufrecht erhalten[3]). Das zeigt sich in dem bekannten Javol-Prozeß[4]). In der Begründung wird hierzu ausgeführt, daß das Recht auf Erwerbung von Kundschaft nicht unter das Recht am Gewerbebetrieb falle und durch einen Artikel in einem Konversationslexikon, der behaupte, die angebotene Ware sei minderwertig, die Kauflust zwar abgeschwächt werden, aber eine unmittelbare Hinderung und Hemmung von Verkäufen oder anderen Betriebshandlungen nicht ge-

[1]) JW. 1905, S. 20. [2]) JW. 1905, S. 430, Nr. 9.
[3]) Vgl. RG. Bd. 58, S. 24; Bd. 64, S. 52; Bd. 65, S. 210; Bd. 73, S. 112.
[4]) RG. Bd. 60, S. 2ff.

sehen werden könne. Ebensowenig liegt nach Ansicht des Reichsgerichts ein direkter Eingriff in den Gewerbebetrieb vor, wenn es sich um einen Boykott handelt. Gleichgültig ist dabei, ob streikende Bäckergesellen das Publikum auffordern nur in solchen Bäckereien zu kaufen, die ihre Forderungen bewilligt haben[1]) oder ob Sozialdemokraten einen Boykott über eine Wirtschaft verhängen[2]). In allen diesen Fällen wird lediglich die Aussicht auf Erwerb und Gewinnung von Kundschaft gestört, nicht aber der Gewerbebetrieb als solcher. Nur in einem so krassen Falle, wie er der Entscheidung in RG. Bd. 76, S. 35 zugrunde lag, wird davon eine Ausnahme gemacht. Es handelte sich um den Boykott einer Wirtschaft durch einen sozialdemokratischen Verein. In der Begründung heißt es: „Eine solche wochenlange Belagerung bildet schon nach der Zahl und dem geschilderten Auftreten der Posten eine lebendige Einschüchterung für zahlreiche Besucher, die lieber einer Örtlichkeit fernbleiben, als sich durch ihr Betreten irgendwelchen Unannehmlichkeiten auszusetzen. Hierin, wie in dem Eindringen in die Wirtschaft, in der Drohung mit Gewalt für den Fall ihres Betretens, in dem Aufpflanzen vor der Tür, endlich in jeder tatsächlichen Einwirkung auf die Besucher, um sie von dem Eintritt abzuhalten, ist unbedenklich ein unmittelbarer Eingriff in den Gewerbebetrieb des Klägers, und da zu dieser Beeinträchtigung kein Recht bestand, eine schon nach § 823, Abs. 1 zum Schadensersatz verpflichtende Handlung zu finden."

Von Interesse ist ferner die in JW. 1907, S. 505 angeführte Entscheidung, weil sie die Begründung der Unterlassungsklage behandelt. Zunächst wird hier, wie schon in früheren Entscheidungen der bereits eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als Rechtsgut anerkannt. Die Unterlassungsklage wegen nur objektiver Rechtsverletzung stützte sich hier aber nicht etwa allein auf die §§ 823 und 824 BGB., sondern auf analoge Anwendung der §§ 12, 862, 1004 BGB. als quasi negatoria. Auf diese Frage hier näher einzugehen, besteht kein Anlaß, da es sich dabei nicht um die Frage der rechtlichen Natur des Gewerbebetriebes, sondern um Begründung und Voraussetzung der Unterlassungsklage handelt.

RG. Bd. 64, S. 155ff. brachte fast denselben Fall, wie die Entscheidung JW. 1902, S. 227ff. (Arzt gegen Ärzteverein). Ein Unterschied bestand nur insofern, als diesmal der Arzt keine Privatklinik mit seiner Praxis verband. Dabei führte das Reichsgericht aus, daß ein eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb als ein sonstiges Recht im Sinne von § 823, Abs. 1 BGB. anzusprechen sei. Der ärztliche Beruf als solcher sei jedoch kein Gewerbe. Es ist nicht zu leugnen,

[1]) RG. Bd. 64, S. 53ff. [2]) JW. 1909, S. 109.

daß der Unterschied, der hier zwischen der einfachen ärztlichen Praxis und einer solchen, die mit einer Privatklinik verbunden ist, gemacht wird, eine gewisse Härte enthält. Sie ist aber durch die Notwendigkeit einer scharfen Grenzziehung zwischen Gewerbebetrieb und Nichtgewerbebetrieb bedingt. RG. Bd. 65, S. 210 bringt wiederum deutlich zum Ausdruck, daß nur ein direkter Eingriff in einen eingerichteten Gewerbebetrieb als Verletzung eines subjektiven Rechtes angesehen wird. Ein Dachpappenfabrikant nannte seine Dachpappe „Pappleinen", obwohl keineswegs Leinen zur Herstellung verwendet wurde, so daß deshalb eine Irreführung von Kunden zu befürchten war, die auch tatsächlich eintrat. Ein anderer Fabrikant derselben Branche klagte auf Unterlassung dieser Bezeichnung und Schadensersatz. Die Klage wurde abgewiesen, weil durch die Anwerbung von Kundschaft nicht in einen anderen Gewerbebetrieb eingegriffen werden könne. Die Aussicht auf Erwerb und Gewinnung von Kundschaft sei nicht Gegenstand eines subjektiven Rechts. Mehr Erfolg hatte eine andere Klage, die das Reichsgericht am 14. 1. 1908 beschäftigte[1]). Hier hatte ein Konkurrent von seinem Gegner behauptet, dessen Reklamen seien schmutzige Prahlereien. Obwohl das schließlich auch nur eine Einwirkung auf den Kundenkreis der Klägerin war, wurde hier eine Verletzung des Rechtes am Gewerbebetrieb angenommen. Diese Entscheidung steht im offensichtlichen Widerspruch zu der sonstigen Praxis des Reichsgerichts. Augenscheinlich war die besonders unschöne Art und Weise der Konkurrenz der Grund, daß das Reichsgericht von seinem sonst konsequent durchgeführten Standpunkt abwich.

Die folgenden Urteile zeigen denn auch wieder das gewohnte Bild. Eine Einwirkung auf die Kundschaft ist keine Verletzung des subjektiven Rechtes, mag es sich um die Warnung eines Fremdenvereins vor den Erzeugnissen eines Fabrikanten handeln[2]) oder um die Klage eines Rabattvereins, der sich gegen ein ausgeschlossenes Mitglied wendet, das nach wie vor seiner Kundschaft den gleichen Rabatt gewährt und die fraglichen Rabattmarken durch dritte Personen bei dem Verein eintauschen läßt[3]). Das letzte Urteil führte übrigens auch noch deshalb zur Abweisung der Klage, weil der Verein die Bedingungen, die das Reichsgericht an einen Gewerbebetrieb stellt, nicht erfüllte. In der Begründung heißt es: „Der klagende Verein hat überhaupt keinen Gewerbebetrieb; er hat keinen auf eigene selbständige Erwerbstätigkeit gerichteten Willen, der im Sinne der angezogenen Entscheidungen in äußeren Veranstaltungen seine gegenständliche Verkörperung gefunden haben könnte. Er erzeugt weder wirtschaftliche Güter, um sie dem

[1]) JW. 1908, S. 133. [2]) Recht 1908, Nr. 1376.
[3]) RG. Bd. 73, S. 107.

Handelsaustausch zuzuführen, noch pflegt er den Umsatz von anderen erzeugter Waren in einem kaufmännischen Erwerbsbetriebe."

Einen neuen Gesichtspunkt brachte die Entscheidung des Reichsgerichts JW. 1909, S. 493, Nr. 16. Es handelte sich um einen Eingriff in die materiellen Grundlagen des Gewerbebetriebes. Ein am Rhein liegendes Ammoniakwerk verseuchte durch Abwässer ein etwas weiter unten liegendes Wasserwerk. Die Klage des Wasserwerkes gegen das Ammoniakwerk wurde abgewiesen. In der Begründung wird vom 5. Senat ausgeführt, daß zwar der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb ein subjektives Recht sei, wenigstens soweit er durch positive Gesetzesvorschrift, namentlich durch das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, geschützt sei. Als widerrechtliche Verletzung aber seien nur solche Störungen anzusehen, die sich gegen die Betätigung des Erwerbswillens im Rahmen des eingerichteten Gewerbebetriebs richten. Eingriffe in die körperlichen Grundlagen des Gewerbebetriebes, wie es hier durch die Verunreinigung des Wassers geschehe, fielen nicht darunter.

Schließlich sei aus der Reichsgerichtspraxis noch eine Entscheidung angeführt. Es handelte sich dabei um die Ausnutzung einer Monopolstellung durch ein Elektrizitätswerk, das seinen Kunden die Installateure, die mit der Anlage der erforderlichen elektrischen Leitungen beauftragt werden sollten, vorschrieb und damit die anderen Installateure empfindlich schädigte. Das Reichsgericht sah hierin keinen direkten Eingriff in deren Gewerbebetrieb [1]). Weitere Entscheidungen des Reichsgerichts, die sich mit der uns interessierenden Frage beschäftigen, sind JW. 1917, S. 712; RG., Bd. 94, S. 249; Leipz. Zeitschr. 1916, S. 1486. Bei den eben angeführten Fällen handelt es sich, wie in der Entscheidung RG., Bd. 58, S. 24, um die Anmaßung eines Gebrauchsmusters durch einen in Wirklichkeit Nichtberechtigten und ähnliche Fragen. Sämtlichen Klagen wurde stattgegeben, da es sich hier nach der Auffassung des Reichsgerichtes um einen direkten Eingriff in den Gewerbebetrieb handelte.

Schließlich soll noch ein sehr interessanter Fall, der in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1916, S. 181, Nr. X mitgeteilt ist, angeführt werden. Einem Schlächter war von einer Gemeinde der Zutritt zu dem städtischen Schlachthause gesperrt worden. Daraufhin erhob der Schlächter Klage, der in der Revisionsinstanz stattgegeben wurde. In der Begründung wird hierzu ausgeführt, daß ein unmittelbarer Eingriff in den Bestand des Gewerbebetriebes jeweils dann vorliege, wenn er sich gegen die Betätigung des Erwerbswillens im Rahmen des eingerichteten Gewerbebetriebes richte. „Das ist hier der Fall.

[1]) RG., Bd. 79, S. 226ff.

Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß der klagende Schlächter durch das Verbot nicht gehindert war, die auf dem Schlachthofe befindlichen Anlagen durch seine Gesellen benutzen zu lassen, und daß er sie auch tatsächlich durch sie benutzt hat; denn es ist eine einschneidende tatsächliche Einschränkung des Betriebes, wenn dem Gewerbetreibenden selbst jede Tätigkeit auf der Stelle verwehrt wird, auf der er allein oder doch hauptsächlich sein Gewerbe betreiben kann."

Damit dürfte über den bisherigen Entwicklungsgang der Lehre vom subjektiven Recht am Gewerbebetriebe in der Praxis des Reichsgerichtes berichtet sein[1]). Das Ergebnis ist folgendes: Es sind zwei Fragen auseinander zu halten.

1. Wann ist einem Gewerbebetrieb der Charakter eines subjektiven Rechtes zuzuerkennen?

2. Wann liegt ein nicht zu duldender Eingriff in dieses Recht vor, der einen Anspruch auf Schadensersatz bzw. Unterlassung begründet erscheinen läßt?

Zu 1 verlangt das Reichsgericht einen ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb, wobei Gewerbe streng im Sinne der Gewerbeordnung verstanden wird. Der Arzt, der Landwirt, der Fischereibesitzer haben danach keinen Gewerbebetrieb und kein entsprechendes subjektives Recht.

Zu 2 ist zu bemerken, daß das Reichsgericht einen Eingriff in das Recht am Gewerbebetriebe nur dann annimmt, wenn er sich unmittelbar gegen den Bestand des Betriebes richtet, sei es, daß dieser tatsächlich gehindert oder daß seine rechtliche Zulässigkeit verneint und seine Schließung oder Einschränkung verlangt wird. Eine tatsächliche Behinderung ist dann gegeben, wenn sich der Eingriff gegen die Betätigung des Erwerbswillens im Rahmen des eingerichteten Gewerbebetriebes richtet. Dagegen ist ein Eingriff in die materiellen Grundlagen des Gewerbebetriebes[2]) keine Verletzung des Rechtes. Ebensowenig ist das der Fall, wenn lediglich die Aussicht auf Erwerb und Gewinnung von Kundschaft beeinträchtigt wird. Mit dieser letzten Einschränkung wird praktisch die Annahme eines Rechtes am Gewerbebetrieb stark entwertet, da die weitaus meisten Fälle, in denen die Abwehr von Angriffen gegen einen Gewerbetreibenden wünschenswert erscheint, darunter fallen. Es bleiben nur wenig Fälle übrig, und

[1]) Weitere Entscheidungen, die sich mit unserem Problem befassen, aber keine neuen Gesichtspunkte bringen, sind mitgeteilt in der Leipz. Zeitschr. 1915, S. 130, Nr. 7; Warneyer Jahrb., Erg.-Bd. 70, Nr. 177; Seuff. Arch. Bd. 70, Nr. 177; Recht 1921, S. 112, Nr. 79; Leipz. Zeitschr. 1924, S. 34; Höchstrichterliche Rechtsprechung 1928 Nr. 9, Nr. 829.

[2]) JW. 1909, S. 493.

tatsächlich sind auch die meisten Klagen, die sich auf den Gewerbebetrieb als subjektives Recht im Sinne von § 823, Abs. 1 BGB. stützten, wie oben gezeigt wurde, vom Reichsgericht abgewiesen worden. Die Ansicht des Reichsgerichts mag davon beeinflußt sein, daß es kein Recht auf Kundschaft anerkennt. Hierin ist ihm grundsätzlich beizustimmen; denn niemand kann gezwungen werden, bei einem bestimmten Lieferanten zu kaufen. Es wird aber auch kaum jemals ein Kaufmann auf den Gedanken kommen, einen Konkurrenten zu verklagen, weil dieser auf Grund seiner besseren Organisation die Kundschaft des anderen zu sich herüberzieht. Nur wenn dies mit unlauteren Mitteln geschieht, liegt eine Rechtsverletzung vor, und dann ist das Objekt des Angriffs der Gewerbebetrieb, zu dem die Beziehungen zur Kundschaft und die Aussicht auf neue Kunden immanent gehören. Immerhin muß zugegeben werden, daß die Ansicht des Reichsgerichts wenigstens in dieser Hinsicht angesichts der unsicheren rechtlichen Natur der sogenannten Chancen, zu denen die eben genannten Beziehungen gehören, viel für sich hat.

c) Die neuere Theorie.

Die im vorstehenden dargestellte Rechtsprechung des Reichsgerichts hat der Wissenschaft vielfache Anregungen gegeben und mancherlei Untersuchungen veranlaßt. Es sei hier zunächst wieder Geller erwähnt, dessen Definition des Unternehmens oben schon dargelegt ist. Es wurde dabei schon ausgeführt, daß die Begriffe Unternehmen und Gewerbebetrieb die gleiche Bedeutung haben. Geller sieht das Wesentliche des Gewerbebetriebes in der Kundbarkeit der Absatzbereitschaft, die sich an verschiedene Werbefaktoren knüpfen, wie die Persönlichkeit des Inhabers, die Firma, sowie die Bezeichnungen, die den Erzeugnissen des Unternehmens gegeben werden, die Lage des Gewerbebetriebes und ähnliches. Die Kundbarkeit oder Intensität, wie er sie auch nennt, hat einen wirtschaftlichen Wert und ist nach seiner Ansicht Gegenstand eines subjektiven Privatrechts[1]). An dem Unternehmen als abstrakter Betätigung dagegen könne ein solches Recht nicht bestehen[2]). Geller zerlegt, um den Intensitätsträger zu finden, den Gewerbebetrieb in einzelne Bestandteile, die wohl einen hohen Wert haben mögen, den Gewerbebetrieb als Ganzes aber noch nicht erfassen. Er sondert die Gewerbebetriebe in drei Gattungen: subjektive, objektive und lokale. Bei ersteren haftet die Kundbarkeit der Absatzbereitschaft an der Person des Inhabers, bei den zweiten an dem Gegenstand des Absatzes, bei

[1]) Das Unternehmen und seine Beziehungen zu Firma, Schild und Warenzeichen, S. 80.

[2]) ZBL., Bd. 28, S. 983.

den dritten an dem Standort des Betriebes. Jede dieser Gattungen zerlegt er wieder in zwei Unterarten, den subjektiven Intensitätsträger in den persönlichen und nominellen, den objektiven in Objektszeichen und Objektsnamen, den lokalen in Ortslage und Ortsnamen. Einer dieser sechs Faktoren muß in jedem Gewerbebetrieb seiner Ansicht nach vorhanden sein; es können jedoch in einem Betrieb auch mehrere vereint sein. Bei dieser Zerlegung des Unternehmens in seine einzelnen Bestandteile vermißt man aber die materiellen Grundlagen, wie Maschinen, Gebäude und sonstige Produktionsmittel. Daß diese aber von überaus großer Bedeutung sind, kann niemand bestreiten. Infolgedessen sind die Ausführungen Gellers ohne großen Einfluß gewesen.

Sehr eingehend hat sich auch Lobe mit unserer Frage beschäftigt[1]). Er sieht im Gegensatz zu der Auffassung des Reichsgerichts als eigentlichen Gegenstand des Rechtes am Gewerbebetriebe das Recht auf ungestörte Erwerbstätigkeit an. Deshalb will Lobe nicht nur den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geschützt wissen, sondern jede Erwerbstätigkeit. Ebenso bedeutet nach ihm jede mit unlauteren Mitteln vorgenommene Beeinflussung der Kundschaft eines anderen einen Eingriff in dessen Recht. Lobe begründet seine Anschauung ähnlich wie Gierke durch die Annahme eines besonderen Persönlichkeitsrechtes an der gewerblichen Tätigkeit. Otto Mayer hat in der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 61, S. 276 diese Ausführungen Lobes sehr scharf kritisiert. Er lehnt überhaupt jedes Recht am Gewerbebetrieb ab und führt aus, daß unlauterer Wettbewerb deshalb nicht in einen anderen Gewerbebetrieb eingriffe, weil es dem Inhaber desselben dadurch nicht unmöglich gemacht würde, alle Kräfte in diesem Konkurrenzkampfe einzusetzen. Diese Begründung Mayers dürfte aber doch nicht ganz zutreffend sein. Mit demselben Rechte könnte man sagen, es brauche keine Schutzgesetze gegen den Mord zu geben, denn es sei niemand verhindert, sich zu wehren.

Gegenstand des subjektiven Rechtes am Gewerbebetriebe ist nach Pisko nicht die gewerbliche Betätigung, obwohl er bei der Definition des Gewerbebetriebes mit Recht hierauf großen Wert legt[2]), sondern das Unternehmen im objektiven Sinne. Hierunter versteht er eine den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit[3]). Das bedeutet aber im Grunde nichts anderes als die Chancen, die er auch bei der Definition des Gewerbebetriebes herangezogen hat. Auch diese sind also Objekt des subjektiven Rechts, ein Ergebnis, das angesichts der

[1]) Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung.
[2]) Vgl. weiter oben S. 25.
[3]) Das Unternehmen in Ehrenbergs Handb., Bd. 2, S. 218/19.

schon mehrfach erörterten unsicheren rechtlichen Natur der Chancen nicht gerade befriedigt. Außerdem kann aber noch aus einem anderen Grunde Piskos Ansicht nicht gebilligt werden; denn das von ihm anerkannte subjektive Recht gewährt keinen anderen Schutz, als die speziellen Schutzvorschriften, insbesondere das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb[1]). Weiterhin fordert Pisko im Anschluß an die Praxis des Reichsgerichtes einen unmittelbaren Eingriff in den Gewerbebetrieb. Damit läßt seine Auffassung die Annahme eines subjektiven Rechtes überflüssig erscheinen, da aus ihm doch kein anderer Schutz erwachsen würde, als ihn die speziellen Schutzgesetze schon verleihen.

Isay[2]) geht zunächst von dem Gedanken aus, daß die Verschiedenheit der in einem Unternehmen enthaltenen Rechte eine Zusammenfassung in ein subjektives Recht unmöglich mache. Das Unternehmen aber werde durch § 14 des unlauteren Wettbewerbgesetzes gegen unwahre Behauptungen anderer geschützt. Dieser Schutz, den der Gewerbebetrieb in bestimmter Richtung genieße, müsse dahin ausgedehnt werden, daß er den Geschäftsbetrieb vor allen Störungen bewahre. Dies könne man aber, wenn man annehme, daß das Recht am Gewerbebetriebe ein Immaterialgüterrecht sei. Zu dieser Annahme sei man deshalb berechtigt, weil die im Unternehmen enthaltene organisatorische Idee dem Gewerbebetrieb einen über die Summe seiner einzelnen Bestandteile hinausgehenden Wert verleihe. Im einzelnen setze sich dieses Immaterialgut aus der Organisation, der Geschäftserfahrung und den Beziehungen zu Lieferanten und Kunden zusammen. Mit Recht weist Pisko in Grünhuts Zeitschr. Bd. 38, S. 743 auf folgenden Widerspruch hin, der in Isays Ausführungen liegt. Objekt des Rechtes am Unternehmen sei nach Isay gar nicht das Unternehmen, sondern ein Immaterialgut, das sich im Unternehmen verkörpere. Außerdem dürfte die Annahme, daß sich aus § 14 des unlauteren Wettbewerbgesetzes ein Schutz gegen alle Störungen des Gewerbebetriebes biete, nicht zutreffen. Dieser Paragraph ist lediglich ein Schutzgesetz, das nicht mehr will, als es besagt. Wollte man Isay in dieser Beziehung folgen, dann müßte man überall da, wo Schutzgesetze bestehen, auch die Existenz eines subjektiven Privatrechtes annehmen. Damit aber würde jeder Unterschied zwischen § 823, Abs. 1 und Abs. 2 BGB. hinfällig[3]). Ebensowenig kann man Isays Ansicht teilen, wenn er das Recht am Unternehmen seiner juristischen Natur nach ein besitzartiges nennt[4]), da es sich in der Befugnis zur ausschließlichen kaufmännischen

[1]) A. a. O. S. 220 und in Grünhuts Zeitschr., Bd. 38, S. 742.
[2]) Das Recht am Unternehmen, S. 21/22.
[3]) So auch Müller-Erzbach ZHR., Bd. 2, S. 425.
[4]) A. a. O. S. 77 ff.

Ausbeutung äußere und hierzu nur der jeweilige Inhaber des Geschäftes, also auch der Nießbraucher, Pächter und Mieter imstande sei und es außerdem nach deutschem Rechte keine beschränkt dinglichen Rechte am Gewerbebetrieb gebe. Wie unhaltbar diese Konstruktion ist, zeigt die Behauptung, daß Eigentumsrecht und Besitzrecht nur in den Voraussetzungen verschieden seien, obwohl doch dem Besitzer das wichtige Veräußerungsrecht fehlt[1]).

Müller-Erzbach ist wie Pisko der Ansicht, daß die Annahme eines subjektiven Privatrechtes unnötig sei, da dasselbe auch keinen anderen Schutz als die Schutzgesetze gewähren könne[2]). Auf alle Fälle aber lehnt er ein subjektives Recht an der freien gewerblichen Betätigung ab. Bei diesem handele es sich um ein bloßes Konstruktionsergebnis. Eine Ansicht, die bei der wenig scharfen Begrenzung dieses Begriffes viel für sich hat.

Ebenso ablehnend steht Salinger[3]) einem subjektiven Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gegenüber. Er setzt sich besonders mit der Auffassung des Reichsgerichts auseinander und weist darauf hin, daß die Unterscheidung des Reichsgerichtes zwischen dem Recht auf freie gewerbliche Betätigung als solcher und derselben Betätigung, wenn sie im Rahmen eines selbständig ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetriebes erfolgt, willkürlich sei. Man wird diesen Ausführungen Salingers eine gewisse Berechtigung nicht absprechen können, wenn auch andererseits die Versuche des Reichsgerichts, den Begriff freie gewerbliche Betätigung fester zu umgrenzen, verständlich erscheinen. Im übrigen glaubt Salinger, daß die Annahme eines Rechtes am Gewerbebetrieb insofern überflüssig sei, als dieser bereits durch die vorhandenen speziellen Schutzvorschriften einen hinreichenden gesetzlichen Schutz genieße. Besonders wendet er sich gegen die Annahme eines Persönlichkeitsrechtes.

Rosenthal tritt dagegen in derselben Zeitschrift, 63. Jahrg. S. 715 ff. auf das entschiedenste für ein solches Persönlichkeitsrecht ein, während er im übrigen den Ausführungen Salingers, besonders soweit dieselben sich gegen das Reichsgericht richten, beipflichtet.

Die Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch nehmen in ihren neueren Auflagen ebenfalls Stellung zu unserer Frage. Oertmann[4]) schließt sich ganz der Ansicht des Reichsgerichtes an. Staudinger[5]) billigt ebenfalls die Auffassung des Reichsgerichts. Plank[6]) verweist in der neuesten Auflage auf die dritte Auflage seines Kommentars.

[1]) Müller-Erzbach a. a. O. S. 427. [2]) Deutsches Handelsrecht, S. 87/88.
[3]) Gruchots Beitr., Jahrg. 62, S. 289.
[4]) Recht der Schuldverhältnisse, 2. Abt., S. 1381.
[5]) § 823 II, A. 2, e, β. [6]) § 823 II, f, g, S. 1719.

Dort lehnt er das Bestehen eines solchen Rechtes ab, da „es nicht abzusehen sei, weshalb die Betätigung der wirtschaftlichen Freiheit in einer bestimmten Richtung, nämlich durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes, ein besonderes subjektives Recht begründen solle, obwohl es an einer gesetzlichen Bestimmung fehle, durch welche ein solches Recht anerkannt werde". Von Thur[1]) steht einem subjektiven Recht am Gewerbebetrieb ebenfalls ablehnend gegenüber. Auf S. 157 sagt er: „Wenn ein eingerichteter Gewerbebetrieb ein subjektives Recht sein soll, warum nicht auch jede andere Organisation des Lebens, z. B. ein Hausstand, dessen Schutzwürdigkeit doch wohl nicht niedriger eingeschätzt werden darf?" Auch Cosack[2]) erkennt ein solches Recht nicht an. Die Persönlichkeitsrechte seien keine echten Rechte, und wenn jemand einen anderen an der Ausübung seines Gewerbebetriebes hindere, liege eine unerlaubte Rechtsgutsverletzung deshalb nicht vor, weil jenes Rechtsgut gesetzlich nicht besonders umfriedet sei. Dernburg dagegen schließt sich Gierke an[3]). Wie dieser, sieht er in der Gewerbefreiheit ein subjektives Privatrecht. Ebenso erkennt Wieland[4]) „ein subjektives absolutes Recht auf ungestörte Ausübung eines eingerichteten Gewerbebetriebes an, das gleichermaßen durch Schadensersatz und Unterlassungsklage geschützt sei und in Fällen durchgreife, in denen der Gesichtspunkt des unlauteren Wettbewerbs versage, wie bei Beeinträchtigung durch Boykott und Sperre oder nur fahrlässige, unwahre Behauptungen". Am weitesten in dieser Beziehung geht Oppikofer in dem letzten Teile seines Unternehmensrechtes, den er „Ausblick ins neue Unternehmensrecht" betitelt hat. Er erkennt zunächst ein Recht am Gewerbebetriebe an. Darüber hinaus verlangt er aber ein subjektives Vermögensrecht am Unternehmen, da die Gesamtheit aller im Unternehmen zusammengefaßten Rechte mit dem Unternehmen als Ganzem betrachtet nicht identisch sei. Deshalb sei ein Recht am Unternehmen möglich, das wohl alle Einzelrechte umfasse, zugleich aber mehr bedeute als deren Summe, nämlich die wirtschaftliche Machtstellung, die sich auf der Organisation von Rechtsbeziehungen in einem Unternehmen aufbaue; das Recht am Unternehmen sei das Recht an den in ihm enthaltenen Rechten, Rechtsverhältnissen und tatsächlichen Beziehungen und lasse sich den Immaterialgüterrechten zurechnen. Damit begnügt sich Oppikofer aber nicht, denn bei der unsicheren Stellung solcher Rechte im Sachenrecht sei die Schwierigkeit nur umgangen. Die Entwicklung müsse zu einer Anerkennung des Unternehmens als

[1]) Bd. 1, S. 155 ff.
[2]) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Teil 2, S. 670/71.
[3]) Schuldverhältnisse, 2. Abt., S. 700, Anm. 8.
[4]) Handelsrecht, 1. Bd., S. 243.

Sache im Rechtssinne führen. wie das z. B. im österreichischen und französischen Rechte der Fall sei[1]). Die Zukunft wird lehren, ob Oppikofer mit dieser Annahme recht hat. Verfasser glaubt aber, daß bei der großen Verschiedenheit der in einem Gewerbebetrieb verbundenen Rechtsbeziehungen, insbesondere auch der rechtlich schwer zu erfassenden Art der sogenannten Chancen, also der tatsächlichen Beziehungen, eine solche Entwicklung wenigstens in nächster Zeit nicht zu erwarten ist; ganz abgesehen von der ablehnenden Stellung, die unser Recht gegenüber dinglichen Rechten an Sachgesamtheiten einnimmt.

§ 6. Schlußzusammenfassung.

Das Problem, ob ein Gewerbebetrieb als subjektives Recht anzuerkennen ist und in welchem Umfange Angriffe gegen einen Gewerbetreibenden durch Schadensersatz- und Unterlassungsklage abgewehrt werden können, scheint in der Praxis des Reichsgerichts eine feste gleichmäßige Antwort gefunden zu haben. Das Reichsgericht hält an seinem Standpunkt fest, bei dem praktisch nur ein bescheidener Schutz der gewerblichen Tätigkeit (über den Rahmen des Schutzes des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb hinaus) gegeben ist: Es wird nur der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb geschützt (nicht andere gewerbliche oder sonstige freie Betätigung) und nur gegen solche Angriffe, die sich unmittelbar gegen den Bestand des Betriebes richten. Gegen Eingriffe, die sich auf die materiellen Grundlagen des Gewerbebetriebes oder die Absatzmöglichkeit richten, gibt das Reichsgericht keinen Schutz, soweit der Fall nicht unter das Wettbewerbsgesetz fällt.

Die Theorie ist noch völlig im Fluß. Von einer Einigung auch nur über die Grundlagen des Begriffes sind die Theoretiker weit entfernt. Von dem einen Extrem der völligen Leugnung (z. B. Cosack und Müller-Erzbach) bis zum anderen Extrem, bei dem das Unternehmen geradezu als Sache und damit als Gegenstand eines dinglichen Rechtes angesehen werden möchte (Oppikofer), finden wir zahlreiche Mittelmeinungen, von denen aber jede sich von der anderen unterscheidet. Ohne eine gesetzgeberische Regelung wird sich eine feste Lehre in absehbarer Zeit kaum bilden. Wenn man nicht in der Rechtsprechung des Reichsgerichtes eine gewohnheitsrechtsähnliche Bildung durch Gerichtsgebrauch sehen will (was angesichts des von vielen Seiten in der Wissenschaft erhobenen Widerspruches wohl nicht angängig ist), wird man nicht sagen können, daß das Bestehen eines subjektiven Rechtes am Gewerbebetriebe mit hinreichenden Gründen bewiesen wäre.

[1]) a. a. O. S. 137.